



ANAIS

XII CONGRESSO DE DIREITO UFSC

Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-67995-09-0



# **Anais do XII Congresso Direito UFSC**

Florianópolis  
Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF  
2018

**ANAIS DO XII CONGRESSO DIREITO UFSC - 2018****Coordenação Científica do Evento**

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss.

Prof. Dr. José Isaac Pilati.

**Responsável Editorial**

Matheus Filachovski.

**Comissão Organizadora do Evento:**

Alessandra Miozzo Soares, Ana Júlia Feiber Fernandes, Bruna Sandri do Prado, Caue Fernando de Menezes Dias, Felipe da Silveira Vieira, Hamilton Antonio Zardo Neto, João Pedro Theiss Debastiani, Juliana Blanco de Oliveira, Juliana Oliveira Rocha, Luís Guilherme de Almeida Ribeiro, Luiza Becker de Souza, Matheus Galembeck Ahern Miranda, Murillo Preve Cardoso de Oliveira, Natalia Guglielmi Lummertz Silva, Paulo Henrique de Almeida Ribeiro, Rafael Carvalho Bueno, Tobias Pereira Klen, Valéria Bussolo Brand, Vitor Esmanhotto da Silva.

**Realização**

Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF

**ISBN:** 978-85-67995-09-0

|  |     |
|--|-----|
| Apresentação.....  | 9   |
| Programação do evento .....  | 11  |
| Trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa.....  | 15  |
| A (IM)POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULHER TRANSEXUAL COMO VÍTIMA DE FEMINICÍDIO.....   | 16  |
| Larissa Thielle Arcaro.....  | 16  |
| Manoela Silvestre Fernandes .....  | 16  |
| A APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO - UMA REVISÃO QUANTO AO POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 33  |
| Mateus Stallivieri da Costa .....  | 33  |
| Ruy Tadeu Mambrini Ribas.....  | 33  |
| A CULTURA AGRÍCOLA EM COMUNIDADES QUILOMBOLAS E EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....  | 54  |
| Jefferson Soares Galvão.....   | 54  |
| Márcia Rodrigues Bertoldi.....   | 54  |
| Nathércia Pedott.....  | 54  |
| A EFICÁCIA DA RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC E O CONTENCIOSO DO ALGODÃO (US-UPLAND COTTON).....   | 69  |
| Gabriela Marques de Almeida .....  | 69  |
| A INDISPENSABILIDADE DE DEFENSOR PÚBLICO NA OITIVA INFORMAL NA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL .....   | 84  |
| Amanda Machado de Liz .....  | 84  |
| A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DO PERFIL CRIMINOLÓGICO DO MENOR INFRATOR .....  | 108 |
| Guilherme Flores Schütz.....   | 108 |
| A JUSTIÇA RESTAURATIVA ENTRE A TEORIA E A VIVÊNCIA: UMA ANÁLISE DE SEUS LIMITES E POTENCIALIDADES PERANTE A CRISE DO SISTEMA PENAL .....                     | 122 |
| Juliana Lobo Camargo .....   | 122 |
| A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E O PAPEL DO TABELIÃO.....   | 143 |
| Veronica Poffo Tiscoski.....   | 143 |
| A NATUREZA JURÍDICA DO STATUS MIGRATÓRIO DOS VENEZUELANOS QUE MIGRARAM AO BRASIL ENTRE 2016 E 2017 .....   | 157 |
| Jessica Kindlein Angioletti .....  | 157 |
| A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NÃO SUBMETIDOS AO RITO ESPECIAL DO ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....           | 191 |
| Carolina Nunes Miranda Carasek da Rocha.....   | 191 |
| A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL .....   | 210 |
| João Vitor Gomes Martins .....   | 210 |
| Lukas Ruthes Gonçalves.....  | 210 |
| Thatiane Cristina Fontão Pires.....  | 210 |
| A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER NO ÂMBITO DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS: UM ESTUDO DOS CASOS LÍBIO E SÍRIO .....                                 | 231 |
| Milena dos Santos Oliveira .....   | 231 |

|  |     |
|--|-----|
| A SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: OS CONCEITOS “NAÇÃO” E “ESTADO” NOS COMPÊNDIOS DE DIREITO INTERNACIONAL..... | 248 |
| Guilherme Bedin.....   | 248 |
| A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: ESTUDO SOBRE OS RUMOS DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS, NOTADAMENTE FRENTE À EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....                 | 269 |
| Frederico Mateus Bellaver Souza .....  | 269 |
| ACORDO DE LENIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO APLICADO AO CASO ODEBRECHT .....   | 288 |
| Damaris Mendonça .....   | 288 |
| Livia Ferruzzi Possari .....   | 288 |
| Prof. Orientador José Sérgio da Silva Cristóvam.....   | 288 |
| ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE: A RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA O INTERESSE PÚBLICO.....  | 304 |
| Tainá Fernanda Pedrini .....   | 304 |
| Alexandre dos Santos Priess .....  | 304 |
| AS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL NO CAPITALISMO PÓS-MODERNO .....  | 325 |
| Karla Pinhel Ribeiro.....  | 325 |
| Ricardo Neves Dariz.....   | 325 |
| ATENDIMENTO À FAMÍLIA, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE CONFORME ARTIGO 101 INCISO IV DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....  | 349 |
| Jéssica Pain Duarte.....   | 349 |
| Joelma Souza Pain .....  | 349 |
| AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E PRISÃO PREVENTIVA EM FLORIANÓPOLIS – EM BUSCA DA CURA DA CEGUEIRA BRANCA DO DIREITO .....   | 363 |
| Lucas Nicholas Santos de Souza.....  | 363 |
| AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO: PERSPECTIVAS DO CENÁRIO NACIONAL.....   | 383 |
| Otávio Santiago Gomes da Silva.....  | 383 |
| CONTRIBUIÇÕES DO MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA PARA A COMPREENSÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES COM DEFICIÊNCIA: UMA POSSIBILIDADE DE ANÁLISE.....               | 401 |
| Paula Helena Lopes.....  | 401 |
| Thais Becker Henriques Silveira.....   | 401 |
| COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO .....  | 417 |
| Amanda Karol Mendes Coelho.....  | 417 |
| DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OBJEÇÕES A PROPOSTA DE SERES HUMANOS SEREM JULGADOS POR MÁQUINAS .....  | 432 |
| Elizeu de Oliveira Santos Sobrinh .....  | 432 |
| Mickhael Erik Alexander Bachmann .....   | 432 |
| DO(S) SISTEMA(S) DE FINANCIAMENTO DAS IGREJAS E CONFISSÕES RELIGIOSAS NA EUROPA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE DIREITOS.....   | 455 |
| Jorge Botelho Moniz.....   | 455 |

|  |     |  |     |
|--|-----|--|-----|
| EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A INFLUÊNCIA DO RELATÓRIO “DOING BUSINESS” SOBRE A DESREGULAÇÃO JURÍDICA NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA .....                      | 474 | O LIBERALISMO JURÍDICO-POLÍTICO COMO SIGNO DO ESTADO DE EXCEÇÃO: UM ESTUDO CRÍTICO À LUZ DE GIORGIO AGAMBEN .....  | 707 |
| Marja Mangili Laurindo .....   | 474 | Ana Catarina de Alencar .....  | 707 |
| ENTRE NOSSAS VEIAS ABERTAS: O PUNITIVISMO E AS ORIGENS BRASILEIRAS .....   | 489 | OBSTÁCULOS AO REGISTRO DE MARCAS BRASILEIRAS: OS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO DE MICRO E PEQUENOS NEGÓCIOS.....   | 728 |
| Matheus Hatschbach Machado .....   | 489 | Gabriela Gandelman Torina .....  | 728 |
| Vitor Pereira Pacheco.....   | 489 | Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez .....  | 728 |
| GESTÃO E REGISTRO DE INDICAÇÕES DE PROCEDÊNCIA INDUSTRIAIS E DE SERVIÇOS: EXPLORAÇÃO PRIVADA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO .....                   | 505 | Victor Macedo Samegima Paizan .....  | 728 |
| Victor Luiz Pereira de Andrade .....   | 505 | OS INSTITUTOS DO RECALL POLÍTICO E DO VOTO DE DESCONFIANÇA EM CONFRONTO COM O PROCESSO TRAUMÁTICO DO IMPEACHMENT BRASILEIRO .....  | 747 |
| JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INDICAÇÃO DE MINISTROS PELO PODER EXECUTIVO .....                            | 519 | Daniel Fernandes Nato .....  | 747 |
| Vanessa Bussolo Brand .....  | 519 | Leticia Filgueira Bauab .....  | 747 |
| LEGITIMIDADE E INTERESSE DO ESTADO PARA INTERVIR NAS CONSTRUÇÕES FAMILIARES: A EXIGÊNCIA DA MONOGAMIA COMO REQUISITO PARA O RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS..... | 533 | QUESTÕES CONTROVERTIDAS EM ADOÇÃO INTERNACIONAL: DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE, CUMPRIMENTO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL E A CORRELAÇÃO DO INSTITUTO COM O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES..... | 771 |
| Camila Schroeder Lucachinski.....  | 533 | Juliana Müller .....   | 771 |
| Álvaro Borges de Oliveira .....  | 533 | ROTULAGEM DOS VINHOS – DIREITO À INFORMAÇÃO NUTRICIONAL E A (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE .....  | 782 |
| NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO PARADIGMA PLURINACIONAL DA BOLÍVIA.....  | 548 | Roberto Siquinel .....   | 782 |
| Neyllon Rangel de Souza .....  | 548 | SISTEMA APAC: O SONHO UTÓPICO CONCRETIZADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO ANTE A INEFICIÊNCIA DO ESTADO.....  | 797 |
| NOVOS PARADIGMAS DO REGIME DAS CAPACIDADES NO DIREITO CIVIL A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....  | 572 | Bruna Thais da Silva Peres .....   | 797 |
| Jacqueline Lopes Pereira.....  | 572 | Camila Moura de Lima .....   | 797 |
| O ASPECTO ELEMENTAR DO ART. 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM NOVO MODELO PROCESSUAL PARA UM NOVO MODELO CONSTITUCIONAL.....                                      | 593 | TERRITORIALIDADE E COMPETÊNCIA NOS CRIMES DIGITAIS: A UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO AÉREO NÃO TRIPULADO PARA O COMETIMENTO DE CRIMES CONTRA A VIDA.....  | 819 |
| Guilherme Christen Möller .....  | 593 | Bruno Tozo Figueiredo .....  | 819 |
| O CARÁTER SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL.....  | 613 | Fausy Vieira Salomão .....   | 819 |
| Nelson Tonon Neto .....  | 613 | Moisés Augusto Chaves .....  | 819 |
| Pedro Henrique May .....   | 613 | TRAGÉDIA HUMANA: O LINCHAMENTO DE UM “ESTADO DE DIREITO” .....   | 838 |
| O CASO UBER COMO QUESTÃO DE MOBILIDADE URBANA VISTO SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .....                                 | 629 | Belmiro Jorge Patto.....   | 838 |
| Eduardo Stachera .....   | 629 | Rafael Pereira .....   | 838 |
| O DEVER GERAL DE PREVENÇÃO E A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO: O ATAQUE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À JURISPRUDÊNCIA OFENSIVA .....                            | 646 | Thatiane Moro Mulati .....   | 838 |
| Ruan Andrade .....   | 646 | TRANSMISSÃO DE MÚSICAS: TECNOLOGIA <i>STREAMING</i> ( <i>SIMULCASTING</i> E <i>WEBCASTING</i> ) E O RESPEITO AO DIREITO AUTORAL .....  | 855 |
| O INÍCIO DO FIM: A TEORIA DA ACTIO NATA E SEUS DESDOBRAMENTOS SOBRE A CONTAGEM DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS .....   | 670 | Paula Miriã Santa Catarina.....  | 855 |
| Willian Nunes Rossato .....  | 670 |  |     |
| O INSTITUTO JURÍDICO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA E SEU CARÁTER INTERDISCIPLINAR .....  | 691 |  |     |
| Danilo Ferreira Almeida Farias .....   | 691 |  |     |
| André Carvalho Monteiro Nunes .....  | 691 |  |     |
| André de Almeida Rego.....   | 691 |  |     |

# Apresentação

O Centro Acadêmico XI de Fevereiro tem a honra de publicar os Anais do XII Congresso Direito UFSC, realizado entre os dias 16 e 19 de maio de 2017 no Centro de Cultura e Eventos da Universidade Federal de Santa Catarina. O evento contou com a participação de vários palestrantes de nossa Universidade e de outras instituições que se reuniram para discutir questões relevantes e controversas a respeito do Curso e do Ensino de Direito, além de diversos assuntos que tangenciam a formação dos juristas.

O Congresso Direito UFSC é um evento organizado anualmente pelo CAXIF, com tradição já consolidada no calendário acadêmico da graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Com o esforço dos acadêmicos envolvidos na organização e da colaboração dos palestrantes que se mobilizaram para concretizar a programação, o evento chegou a sua décima primeira, cumprindo um dos princípios básicos do Centro Acadêmico, elencado em nosso Estatuto: *“O aperfeiçoamento das atividades acadêmicas do Curso, (...) e sua integração com todos os setores da comunidade”*.

O objetivo do evento foi promover um espaço de debate e reflexão de questões atuais, buscando oferecer uma formação complementar aos estudantes, trazendo à discussão assuntos que não são habitualmente abordados em sala de aula e aprofundando diversos outros. Com esse propósito, foram abordados temas como direitos humanos e segurança pública, jurisdição arbitral, combate à corrupção, escola e a mediação, dentre outras problemáticas que permeiam diversos flancos do Direito.

O conteúdo da presente publicação é o resultado dos trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa do XII Congresso Direito UFSC, que aconteceu nos dias 17, 18 e 19 de maio de 2017, e teve a participação de acadêmicos de distintas instituições, efetivando um espaço de diálogo e de troca de conhecimentos.

A Comissão Organizadora buscou, no arranjo desse espaço de divulgação de pesquisas, incentivar a pesquisa científica na área jurídica e possibilitar discussões entre os pesquisadores, e destes com os demais alunos. O CAXIF apoia o desenvolvimento da pesquisa enquanto componente fundamental do tripé universitário – ao lado do ensino e da extensão – por reconhecer nessa atividade um canal de ampliação dos horizontes científicos do conteúdo

programático do Curso que ultrapassa os limites estritos da sala de aula. É por meio da pesquisa que os acadêmicos abandonam uma postura passiva de aprendizado para assumirem seu papel de protagonistas na construção de novos conhecimentos. Ao produzir uma Mostra de Pesquisa, este sempre foi nosso objetivo: fazer com que os acadêmicos tivessem um espaço para expor, discutir e aprimorar suas ideias.

A Comissão Organizadora do XII Congresso Direito UFSC agradece, primeiramente, a todos os palestrantes que se dispuseram a participar do evento, contribuindo para a construção de um espaço de debates de alta qualidade e relevância para os demais juristas participantes. Agradece, também, à Universidade Federal de Santa Catarina e sua Pró-Reitoria de Extensão, ao Centro de Ciências Jurídicas e a todas as entidades parceiras que apoiaram o XII Congresso Direito UFSC, possibilitando que sua realização se desse nesses moldes de alcance e qualidade.

Por fim, merecem igual agradecimento todos os acadêmicos que contribuíram para a excelência do encontro: aos que voluntariamente se dispuseram a organizar o evento, aos que suscitaram discussões e reflexões ao longo das palestras, e, especialmente, aos que elevaram a qualidade acadêmica do encontro ao apresentarem seus trabalhos na Mostra de Pesquisa.

Espera-se, com o evento e com esta publicação, que se possa contribuir para o interesse em temas atuais e relevantes para o estudo do direito e também para o despertar de reflexões críticas e o interesse na área da pesquisa científica.

Florianópolis, Abril de 2018

**Comissão Organizadora**

# Programação do evento

## Dia 16.05.2017 – Terça-feira

### 19h – Abertura – Visão contemporânea dos contratos

Dr. Flávio Tartuce

*Professor da LFG*

Dr. Fernando Noronha

*Professor aposentado da UFSC*

## Dia 17.05.2017 – Quarta-feira

### 08h30m – O advogado do futuro

Dr. Francisco Müssnich

*Advogado e professor da FGV-RJ*

### 10h – Mostra de pesquisa

Salas anexas

### 10h30m – Desacordos Morais razoáveis e a proteção dos Direitos da Personalidade na

#### Jurisprudência do STF

Dra. Carolina Medeiros Bahia

*Professora da UFSC*

Dr. Cristiano Chaves de Farias

*Professor e Promotor de Justiça*

### 14h – Responsabilidade penal individual dos dirigentes de empresas

Dra. Heloísa Estellita

*Professora da FGV-SP*

### 16h – Responsabilidade civil por lucros ilícitos

Dr. Nelson Rosendal

*Professor e Procurador de Justiça*

### 18h30m – Recuperação judicial e propostas para o seu aprimoramento

Dr. Luiz Fernando Valente de Paiva

*Advogado*

### 20h30m – O direito da força: a onipotência do Conselho de (in) Segurança das Nações Unidas

Dr. Ricardo Seitenfus

*Professor da UFSM*

## Dia 18.05.2017 – Quinta-feira

### 08h30m – Direitos humanos versus Segurança Pública

Dr. Guilherme Nucci

*Professor da PUC/SP e Desembargador do TJSP*

### 10h – Mostra de pesquisa

Salas anexas

### 10h30m – Jurisprudência estável, íntegra e coerente: o modelo de decisões vinculantes do

#### CPC/15

Dr. Flávio Luiz Yarshell

*Professor da USP e Advogado*

Dr. Marcus Vinícius Motter Borges

*Professor da UFSC e Advogado*

### 14h – Combate à corrupção e os princípios da administração pública: uma abordagem prática

Dr. Phillip Gil França

*Professor da UPF e Advogado*

**14h – Workshop: Como escrever um artigo científico – Revista Avant****16h – Conflitos de competência e os novos horizontes da interpretação e argumentação no****Direito Tributário**

Dr. Ricardo Anderle

*Advogado*

Dr. Tácio Lacerda Gma

*Professor da PUC/SP e Advogado***16h – Workshop: Argumentação e Oratória: uma abordagem prática - Sociedade de Debates da UFSC****18h30m – Direito e Processo Penal em tempos de Lava Jato**

Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira

*Professor e Advogado***20h30m – A regra da fundamentação das decisões judiciais no contexto das garantias constitucionais**

Dr. Luiz Rodrigues Wambier

*Professor da PUC/SP e Advogado***Dia 19.05.2017 – Sexta-feira****08h30m – As propostas de reforma trabalhista e previdenciária no Brasil – Análise crítica do PL****6.787/16 e PEC 287/16**

Me. Amarildo Carlos de Lima

*Desembargador do TST da Décima Segunda Região*

Me. Rodrigo Steinmann Bayer

*Professor da UFSC***10h – Mostra de pesquisa**

Salas anexas

**10h30m – O discurso da democratização do Direito Penal**

Dra. Ela Wiecko Volkmer de Catilho

*Professora da UnB e Ex-Vice-Procuradora Geral da República***14h – Acesso à jurisdição arbitral**

Dr. Gustavo Henrique Schiefler

*Advogado*

Dr. Joel Dias Figueira Júnior

*Desembargador do TJSC***16h – Crise, Política e Poder Constituinte**

Dr. Adriano Ferreira

*Professor da Universidade São Judas Tadeu*

Dr. Miroslav Milovic

*Professor da UnB***19h – Encerramento – Escola e mediação**

Fátima Nancy Andrighi

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

## Trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa

### A (IM)POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULHER TRANSEXUAL COMO VÍTIMA DE FEMINICÍDIO

Larissa Thielle Arcaro\*  
Manoela Silvestre Fernandes\*\*

**Palavras-Chave:** feminicídio; transexualidade; mulher; gênero.

**Resumo:** Através da pesquisa bibliográfica-documental, o presente artigo busca oferecer um aprofundamento teórico-conceitual sobre a possibilidade ou não de reconhecer as mulheres transexuais como vítimas de feminicídio, entendido este como qualificadora do crime homicídio (art. 121, §2º, inc. VI, do Código Penal), incidente quando o delito é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Por meio do método hermenêutico, buscar-se-á apresentar referências à conceituação da transexualidade feminina e proceder ao respectivo cotejo com os elementos da qualificadora do feminicídio, almejando verificar se há subsunção. A pesquisa será, quanto ao nível de profundidade, exploratória e, no tocante ao tipo de abordagem, qualitativa. A novel qualificadora, fruto da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra Mulher e do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, é objeto de intenso debate, mormente no que tange à natureza subjetiva ou objetiva e sobre possibilidade de concomitância com outras qualificadoras do crime de homicídio. O ponto nevrálgico é a própria indefinição acerca do conceito de “mulher”, exigido para a configuração da qualificadora, o qual gera divergências entre doutrinadores brasileiros e autores que discutem as questões de gênero e sexualidade, destacando-se que muitos penalistas argumentam que “ampliar” o conceito de mulher para além do seu aspecto biológico constitui analogia *in malam partem*, repudiada pelo moderno Direito Penal. Tendo em vista o contexto delineado e o propósito desta pesquisa, questiona-se: sob a ótica do Direito Penal contemporâneo, é possível o reconhecimento da mulher transexual como vítima do crime de feminicídio? A indagação apresenta três hipóteses de resposta: uma primeira afirmativa, calcada na posição doutrinária que conceitua mulher por seu aspecto psicológico, desconsiderando o aspecto biológico/genético e reconhecendo aquela que assim se identifica perante a sociedade,

\* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Pós-Graduada em Ciências Jurídicas pela UNOESC. E-mail para contato: larissat\_smo@hotmail.com. Telefone para contato: (49) 9825-9450. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2747097032415535>.

\*\* Graduada em Direito e em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Empresarial pela Faculdade Damásio. E-mail para contato: silvestre.manoela@gmail.com. Telefone para contato: (48) 99627-5511. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2255282109629074>.

independente de suas características e órgãos sexuais; a segunda hipótese, também afirmativa, leva em conta o critério jurídico (ou jurídico-cível), concebendo como mulher aquela considerada pertencente ao sexo feminino em seu registro civil, de modo a possibilitar o reconhecimento da qualificadora em se tratando de mulheres transexuais que obtiveram a retificação do registro civil; e, por fim, uma terceira hipótese negativa, que encampa o critério biológico e, portanto, por considerar mulher tão somente aquela que possui genética cromossômica feminina, não reconhece as mulheres transexuais como possíveis sujeitos passivos de feminicídio. Justifica-se a importância desta pesquisa pela omissão legal e pela pululante divergência doutrinária, circunstâncias que redundam em insegurança jurídica e, a depender da corrente que se siga, ausência de tutela jurídica efetiva contra a violência cometida contra mulheres transexuais, reforçando, assim, sua “invisibilidade social”.

**Keywords:** feminicide; transsexuality; women; gender.

**Abstract:** Through a bibliographical-documentary research, this article seeks to offer a theoretical-conceptual deepening on the possibility or not of recognizing a transsexual woman as victim of feminicide, understood as a special qualifier of the crime of murder (article 121, § 2º, Penal Code), that happens when the offense is committed against a woman for reasons of the female sex. Through a hermeneutic method, will be presented references about the conceptualization of female transsexuality nowadays and proceeded the respective comparison with the elements of the qualifier of feminicide, aiming to verify if there is subsumption. The research will be, as far as the level of depth, exploratory and, as regards the type of approach, qualitative. The qualifier of feminicide in Brazil was result of the Joint Parliamentary Commission of Inquiry on Violence against Women and the Senate Bill n. 8.305/ 2014, and is topic of intense discussion, especially related with its subjective or objective nature and the possibility of concomitance with other qualifiers of the crime of homicide. The main point of this study is the indefiniteness about the concept of "woman", required for the configuration of the qualifier, object of divergences by brazilian doctrinators and criminal authors who discuss the issues of gender and sexuality, emphasizing that many criminologists argue that the concept of woman beyond her biological aspect constitutes an analogy *in malam partem*, repudiated by modern criminal law. In this context and according to the purpose of this research, is questioned: from the perspective of contemporary Criminal Law, is it possible to recognize the transsexual woman as a victim of feminicide? The question has three hypothesis: a first statement, based on the doctrinal position that conceptualizes women by its psychological aspect, disregarding the biological/genetic aspect and recognizing as women the ones that

identifies itself towards the society as a woman, independent of its sexual characteristics and organs; The second hypothesis, also affirmative, takes the legal (or legal-civil) criterion, conceiving as a woman the one that belongs to the female sex in its civil registry, including transsexual women who obtained the legal right to have the female sex recognized in its documents; and, finally, a third negative hypothesis, which supports the biological criterion and, therefore, considering as women only the one with female chromosomal genetics, does not recognize transsexual women as victim of feminicide. The importance of this research is justified by the legal omission and the great doctrinal divergence, circumstances that creates uncertainty and, depending on the theory adopted, lack of effective legal protection to violence committed against transsexual women, thus reinforcing their "social invisibility".

## 1 INTRODUÇÃO

Em 9 de março de 2015, foi publicada a Lei nº 13.104<sup>1</sup>, fruto da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra Mulher e do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014. A novidade legislativa incluiu no Código Penal mais uma forma qualificada do crime de homicídio, além de novas causas especiais de aumento de pena, bem como alterou a redação da Lei n. 8.072/1980 (Lei dos Crimes Hediondos) (CABETTE, 2015).

A novel qualificadora veio como importante ferramenta contra a normalização da violência em face da mulher, derivada da perspectiva das relações desiguais de poder entre estas e os homens, consequência do padrão de submissão imposto pela cultura patriarcal e de há muito arraigado na sociedade. Não obstante, a inclusão do feminicídio na legislação penal recebeu inúmeras críticas por penalistas e constitucionalistas, mormente lastreadas na alegação de que desnecessária a “criminalização” específica, na medida em que já havia tutela nos tipos penais existentes na codificação brasileira (BIANCHINI, 2015).

Consoante Bianchini (2015), em verdade, não se está a fornecer um tratamento profícuo para as mulheres à custa dos homens, mas, sim, concedendo uma proteção avigorada a “um grupo da população cuja vida, integridade física e moral, dignidade, bens e liberdade encontram-se expostas a uma ameaça específica e especialmente intensa, evitando violarmos o princípio da proteção deficiente.”

<sup>1</sup> Oportuno a lição de Barros (2015): “A Lei nº 13.104/2015 que entrou em vigor no dia 10/03/2015, por ser mais gravosa, não terá efeitos retroativos; assim, quem cometeu homicídio contra mulher nas condições descritas no artigo 121 § 2º, inciso VI e artigo 121 § 7º, até o dia 09/03/2015, não responderá por homicídio qualificado ou majorado pelo feminicídio.”

Ocorre que a tipificação legal do feminicídio esbarra na lacuna acerca de um conceito próprio para *mulher*, bem como na existência de vulnerabilidade também daqueles com disforia de gênero, caso dos transexuais.

Os transexuais, conceituados, em síntese, como aqueles que sofrem com dissociação de gênero, consistem em uma gama de sujeitos à margem da tutela jurídica, sobretudo na área penal, segmento em que inexistente qualquer disposição que expressa e especificamente os proteja, reforçando sua invisibilidade social. E, em razão do grande estigma existente até os dias hodiernos, muitas vezes é dificultada a possibilidade de tais indivíduos se socorrerem à segurança pública e ao Judiciário na busca de um mínimo de proteção.

Nesse passo, o presente artigo busca trazer à lume o posicionamento das principais doutrinas penais brasileiras, a fim de identificar se, atualmente, predomina a compreensão da possibilidade ou não de a mulher transexual figurar como sujeito passivo da qualificadora do feminicídio.

A pesquisa será, quanto ao nível de profundidade, exploratória e, no tocante ao tipo de abordagem, qualitativa. Do ponto de vista procedimental, será utilizado o método bibliográfico-documental, consubstanciado nas fontes formais e materiais do Direito Penal moderno.

## 2 TRANSEXUALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS

De acordo com Oliveira (2017), abordar a transexualidade em uma pesquisa implica, necessariamente, imergir também em diversos outros conceitos que circunscrevem este tema – gênero, sexo, identidade, construções sociais, teorias, diagnósticos, entre outros. Neste diapasão, malgrado ser árduo o trabalho de (tentar) classificar a sexualidade humana, imperioso iniciar este estudo com a apresentação de noções conceituais acerca da figura do indivíduo transexual, especialmente da mulher *trans*, cerne deste artigo.

A transexualidade passou a ser objeto de produções acadêmicas a partir da década de 1950, tendo sido David Cauldwell, em 1949, o primeiro a utilizar a expressão latina *psychopathia transexualis*. No ano de 1952, o mesmo autor estudou o caso de Christina Jorgensen, o primeiro caso de mulher transexual com registros na literatura médica. No ano seguinte, o endocrinologista Harry Benjamin empregou, em seus estudos, a definição de “fenômeno transexual”, que resultou na publicação, em 1966, de uma obra com o mesmo título, em que se dedicou prioritariamente a estabelecer distinções entre as pessoas transexuais e as homossexuais (BENTO; PELÚCIO, 2012 apud OLIVEIRA, 2017).

A tendência pela defesa da intervenção cirúrgica como critério diferenciador entre indivíduos *trans* e homossexuais intensificou-se ao longo das décadas de 1960 e 1970. Ao mesmo tempo, produziam-se indicadores que sugeriam aspectos e outras formas de diagnosticar transexuais e de afastá-los do conceito de homossexuais e travestis. Nesse norte, em 1969, realizou-se na cidade de Londres o primeiro congresso da Associação Harry Benjamin, que, a partir do ano de 1977, passou a se chamar *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association* (HBIGDA). Já em 1973, a partir dos estudos de John Money, a transexualidade passou a ser considerada uma “disforia de gênero” (BENTO; PELÚCIO, 2012).

O aumento do interesse por parte de médicos e pesquisadores em estudar a transexualidade culminou na sua inclusão como patologia no Código Internacional de Doenças em 1980. No mesmo ano, a Associação de Psiquiatria Norte-Americana aprovou a terceira versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-III), incluindo a transexualidade no rol dos “Transtornos de Identidade de Gênero” (BENTO; PELÚCIO, 2012).

Em 1994, na quarta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), houve a substituição do diagnóstico de “Transexualismo” pelo de “Transtorno de Identidade de Gênero” (BENTO; PELÚCIO, 2012). Na sua quinta e atual edição, observa-se a renomeação para “Disforia de Gênero”, com a distinção de diagnósticos de acordo com as fases do desenvolvimento (para crianças, adolescentes e adultos). Ainda, no mesmo documento, a disforia de gênero é conceituada como, *verbis*:

A. Incongruência acentuada entre o gênero experimentado/expreso e o gênero designado de uma pessoa, com duração de pelo menos seis meses, manifestada por no mínimo dois dos seguintes:

1. Incongruência acentuada entre o gênero experimentado/expreso e as características sexuais primárias e/ou secundárias (ou, em adolescentes jovens, as características sexuais secundárias previstas).
2. Forte desejo de livrar-se das próprias características sexuais primárias e/ou secundárias em razão de incongruência acentuada com o gênero experimentado/expreso (ou, em adolescentes jovens, desejo de impedir o desenvolvimento das características sexuais secundárias previstas).
3. Forte desejo pelas características sexuais primárias e/ou secundárias do outro gênero.
4. Forte desejo de pertencer ao outro gênero (ou a algum gênero alternativo diferente do designado).
5. Forte desejo de ser tratado como o outro gênero (ou como algum gênero alternativo diferente do designado).
6. Forte convicção de ter os sentimentos e reações típicos do outro gênero (ou de algum gênero alternativo diferente do designado).

B. A condição está associada a sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 453).

Observa-se, pois, que o termo atual assume formato mais “descritivo” do que o anterior transtorno de identidade de gênero, colocando a disforia como um problema clínico e não propriamente como de identidade (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014).

Dessarte, em que pese a transexualidade ainda ser classificada hodiernamente pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma patologia na forma de “transtorno de personalidade e de comportamento” (“transexualismo”), não se pode olvidar da existência de movimentos das áreas das ciências *psi* e sociais, que pretendem desclassificá-la para uma condição sexual, tal como ocorreu com a homossexualidade no passado. Sob essa ótica, o termo adequado a ser utilizado é transexualidade e não transexualismo (TARTUCE, 2014).

Maria Berenice Dias (2014 apud DUFNER; AZEVEDO, 2016) conceitua o transexual como o indivíduo que sofre de uma dissociação entre o sexo físico e o psíquico, definida esta como uma neurodiscordância de gênero. Em outras palavras, é a pessoa que sofre com o descompasso das suas características morfológicas e físicas com seu estado psicológico de identificação sexual, reconhecendo-se como pertencente ao gênero oposto, circunstância que lhe causa um dimorfismo em relação ao gênero sexual que contemplado nos seus documentos civis.

Esta busca pela adequação de gênero por um indivíduo transexual pode ocorrer por diversos meios, como, por exemplo, pela forma de vestir-se ou portar-se, de modo a afirmar sua identidade e assim ser reconhecido no meio social. Também ocorre através de intervenções cirúrgicas e estéticas para alterar definitivamente o corpo físico e readequá-lo à identidade de gênero pretendida, visando permitir uma vida essencialmente digna em sociedade (SOUZA, 2017).

É, como parte integrante – e não menos relevante – deste processo transformador, há a alteração do prenome e do gênero nos documentos civis, a fim de viabilizar a apresentação social da sua identidade sexual. Tal possibilidade, aliás, é considerada um grande avanço no que tange aos direitos da personalidade da pessoa transexual, eis que impede uma exposição negativa, vexatória e constrangedora da pessoa (DUFNER; AZEVEDO, 2016).

É de amplo conhecimento a existência de ações em trâmite no Poder Judiciário, de autoria de transexuais, nas quais se pleiteia a alteração do prenome e gênero sem a necessidade de realização da cirurgia de transgenitalização, muitas, aliás, em que a pretensão foi exitosa.

A questão da exigência de operação para alteração do fenótipo como *conditio sine qua non* para a procedência do pedido da ação de retificação de registro civil, nestes casos, recebeu a confirmação de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em agosto de 2014,

em decisão que teve como Relator o Min. Dias Toffoli (Recurso Extraordinário n. 670.422/RS) (TARTUCE, 2014).

No dia 09 de maio de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento favorável à permissão de retificação do registro civil para aqueles que comprovem judicialmente a mudança de gênero, sendo prescindível a cirurgia de modificação do fenótipo. Sob um prisma jurídico, tratou-se de importante avanço no direito à dignidade e felicidade dos indivíduos com disforia de gênero, uma vez que a intervenção médica não é uma terapia possível para todos os casos de transexualidade, tratando-se apenas de um dos recursos terapêuticos em prol da pessoa transexual (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

O entendimento segue a orientação lançada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na I Jornada de Direito à Saúde em 2014, que resultou na edição dos seguintes enunciados:

**Enunciado 42.** Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

**Enunciado 43.** É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

A propósito, em pesquisa realizada no sítio eletrônico do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, apenas 4 (quatro) casos envolvendo pessoas transexuais foram encontrados: em 3 (três) deles a pretensão era de retificação do registro civil e em 1 (um) deles buscava-se expedição de alvará para realização de cirurgia de redesignação sexual (OLIVEIRA, 2017). Por oportuno, traz-se à baila a decisão de lavra da Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho, na Apelação Cível n. 2014.074259-6, de Chapecó, julgado pela colenda Câmara Especial Regional de Chapecó, assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. MODIFICAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO MASCULINO PARA FEMININO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DOS GENITORES. POSTERIOR DESISTÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO QUE SE MOSTRA PREJUDICIAL AO PSIQUISMO DO AUTOR, O QUAL SOFREU VASTO PERÍODO DE SUA VIDA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO NOME COM A PERSONALIDADE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A TEOR DO ARTIGO 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO ACERCA DO TRANSTORNO SEXUAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

I - Os elementos constantes nos autos são suficientes para corroborar que o não acolhimento do pedido de retificação do nome e gênero do autor, nos

assentos de nascimento, configura violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

II - Consigna-se a necessidade de oxigenação do ordenamento jurídico, pois o direito deve adequar-se à realidade do fato social e às mudanças de paradigmas. Ademais, qualquer outra decisão contrária não teria eficácia e caracterizaria engessamento na entrega da prestação jurisdicional.

III - A presente decisão deve ser consignada apenas e tão somente no livro cartorário e, em hipótese alguma, na certidão de registro civil, de modo que a retificação advém de decisão judicial, bem como para evitar eventuais situações discriminatórias. (SANTA CATARINA, Apelação Cível n. 2014.074259-6, de Chapecó, Rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 23-11-2015).

Com efeito, o que se observa é que, diante da ausência de legislação específica que regulamente o direito à autodeterminação de identidade de gênero, os indivíduos transexuais, para caminharem em busca da plenitude de direitos a que fazem jus, precisam socorrer-se ao Poder Judiciário. Nesta seara, diante da ausência de um posicionamento uniforme e vinculante, ficam na dependência de a ideologia do julgador e dos demais atores processuais (sobretudo, do Ministério Público) convergir no sentido de que os interesses deduzidos pelo postulante, umbilicalmente ligados à dignidade humana, são muito mais caros do que, por exemplo, o direito à informação, à “segurança jurídica”, à publicidade *etc.*

É patente, portanto, a invisibilidade social desta categoria de sujeitos, bem como a atmosfera de instabilidade que circunda a garantia de seus interesses, a qual não se restringe à esfera cível, sendo também verificada sua vulnerabilidade na seara penal, ante a lacuna legal de proteção. Nessa conjuntura, buscar-se-á analisar se a qualificadora do feminicídio, incluída recentemente no Código Penal, contemplaria de alguma forma os transexuais na condição de vítimas.

### 3 FEMINICÍDIO: NATUREZA E INCIDÊNCIA

O feminicídio é definido na legislação penal brasileira como uma qualificadora do homicídio (artigo 121, § 2º, inciso VI, Código Penal), configurado quando o crime é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. A pena é de 12 a 30 anos de reclusão e, igualmente às demais circunstâncias qualificadoras descritas no tipo penal, o feminicídio é hediondo, tendo o art. 2º da Lei n. 13.104/2015 também alterado o art. 1º da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Giza-se que o legislador optou por não criar um tipo penal autônomo e, sim, promover a inclusão de um novo inciso nas hipóteses de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, Código

Penal), porquanto a expressão *alguém* contida no *caput* do artigo abrange indistintamente todos os seres humanos. Portanto, configurar-se-á o feminicídio quando o homicídio é praticado contra a mulher, em situação caracterizadora de “(1) violência doméstica e familiar, ou (2) menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (art. 121, §2º-A, Código Penal).

A Lei 13.104/2015 também acrescentou o § 7º ao artigo 121 do Código Penal, o qual elenca causas de aumento de pena (de um terço à metade) aplicáveis unicamente à qualificadora do feminicídio, quando cometido: “I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (BRASIL, 2017).

Conforme a lição de Mello (2016), o termo “feminicídio” teve sua origem no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, realizado em Bruxelas no ano de 1976. No evento, Diana Russel, professora sul-africana, utilizou o vocábulo “*femicide*” ao definir “*the killing of females by males because they are females*”<sup>2</sup>.

Na tradução de “*femicide*” para o português, surgem dois termos: feminicídio e femicídio. A diferença entre os dois vocábulos tem sido motivo de discussão doutrinária e acadêmica, tendo considerável gama de estudiosos do Direito Penal<sup>3</sup> se dedicado à distinção entre os dois termos, não havendo consenso sobre o conteúdo de cada um deles. Contudo, a maioria dos autores manifesta-se no sentido de que o femicídio é o *genus*, compreendendo qualquer atentado contra a mulher, ainda que motivado por questões alheias ao seu gênero sexual, enquanto o feminicídio seria espécie, limitada ao homicídio por razões do sexo feminino.

Neste diapasão, Russel e Caputti (1992 apud PASINATO, 2011), explanam que:

Femicídio está no ponto mais extremo do contínuo de terror anti-feminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso e extra-familiar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam feminicídios.

<sup>2</sup> Na tradução livre: “O assassinato de mulheres por homens pelo fato de serem mulheres”.

<sup>3</sup> Neste sentido, podem-se citar Adriana Ramos de Mello (2016), Rogério Sanches Cunha (2016), Cleber Masson (2016), Fernando Capez (2016) e Cezar Roberto Bittencourt (2016).

Doutrinadores como Pereira (2015 apud GRECO, 2017) e Mello (2016), dividem o crime de feminicídio em espécies, a saber: o feminicídio íntimo, não íntimo e por conexão.

Por feminicídio íntimo, entende-se aquele homicídio cometido por homens com os quais a vítima possui ou já possuiu uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins. O contrário, isto é, quando ausente intimidade, caracteriza-se a espécie de feminicídio não íntimo. O feminicídio por conexão, por sua vez, é aquele em que a mulher é assassinada porque se encontrava na “linha de tiro” de um homem que tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na hipótese de *aberratio ictus*. Neste caso, como há erro na execução, não são consideradas as qualidades da vítima, mas da mulher que o agente pretendia atingir, nos termos do art. 73 do Código Penal, primeira parte. Se, contudo, também for atingida a mulher que o agente pretendia ofender, haverá concurso formal (art. 70 do CP) (BARROS, 2015).

Mais a mais, são várias as críticas doutrinárias à política legislativa de instituição da qualificadora do feminicídio, principalmente no que tange às “razões da condição de sexo feminino”. Neste ponto, importante frisar que o projeto que deu origem à Lei 13.104/2015 (Projeto de Lei do Senado n. 8305/2014) sofreu, pouco tempo antes de ser aprovado, uma alteração: a expressão “razões de gênero” foi substituído por “condição de sexo feminino”. Esta mudança é objeto de divergência entre penalistas, havendo alguns que defendem que não houve significativo impacto interpretativo (BIANCHINI; GOMES, 2015) e outros que sustentam que a alteração foi o meio encontrado pelo legislador para restringir o alcance da lei às mulheres heteroafetivas (BARROS, 2015).

Outrossim, de acordo com a literalidade da lei e conforme mencionado alhures, o simples fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do homicídio não é o bastante para configurar a qualificadora do feminicídio. Esta somente ocorrerá quando a morte da mulher for perpetrada em um contexto de violência de gênero, em razão da expressão “por razões da condição do sexo feminino” contida no tipo penal. (BRASIL, 2017).

No ponto, destaca-se também a celeuma existente no que pertine à natureza desta qualificadora. Para Cabette (2015), a qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva, pois essencial o dolo específico de que a morte tenha por motivação a violência de gênero, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher.

Fernando Capez (2016) e Cleber Masson (2016) no mesmo sentido, afirmam que a qualificadora é subjetiva, pois está relacionada com a esfera interna do agente. Os autores defendem o afastamento do caráter objetivo da qualificadora, porquanto ela não tem relação com o modo ou meio de execução da morte da vítima. Sob tal raciocínio, conseqüentemente, o

feminicídio seria incompatível com o privilégio (art. 121, § 1, do CP), afastando o homicídio híbrido (homicídio privilegiado-qualificado).

Guilherme de Souza Nucci (2016), por sua vez, discorda e afirma que se trata de uma qualificadora de ordem objetiva, justificando que esta se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Conforme o autor, o feminicídio difere de outras qualificadoras subjetivas, como o motivo fútil ou torpe, porque a motivação do crime é tão somente a condição da mulher. Para o referido doutrinador (2016, p. 742):

O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo. Exemplificando, pode-se matar a mulher no ambiente doméstico, por motivo fútil (em virtude de banal discussão entre marido e esposa), incidindo duas qualificadoras: ser mulher e haver motivo fútil. Essa é a real proteção à mulher, com a inserção do feminicídio. Do contrário, seria inútil.

De outro vértice, impende anotar que a doutrina penal é uníssona ao afirmar que se trata de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, independentemente do gênero masculino ou feminino. Não há, portanto, a exigência de qualquer condição ou qualidade especial do agente para ser sujeito ativo do homicídio qualificado pelo feminicídio, bastando a conduta perpetrada adequar-se à descrição típica e que esteja presente, alternativa ou conjuntamente, a situação caracterizadora de “violência doméstica ou familiar” ou “motivadora de menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (BITTENCOURT, 2016).

Nesse cenário, é visível que essas questões que gravitam em torno do feminicídio ainda necessitam de bastante amadurecimento, não só no âmbito doutrinário, mas também jurisprudencial, a fim de que, sem perder de vista os escopos almejados pela norma penal, seja especificada a definição da natureza da qualificadora e sejam assentados os casos de sua incidência.

#### 4 CONCEITUANDO “MULHER” E “RAZÕES DO SEXO FEMININO”

A doutrina penal aponta alguns critérios para definir o que se pode considerar mulher para os efeitos desta qualificadora, a saber:

a) Critério psicológico, pelo qual se desconsidera o fator essencialmente biológico (cromossômico), isto é, o aspecto genético, identificando-se como mulher toda aquela em que o psíquico ou o aspecto comportamental é feminino (MELLO, 2017).

Salim e Azevedo (2017, p. 61) defendem que, “mesmo sem alterar o registro civil, o transexual feminino já pode ser considerado mulher para os fins desta lei, considerando as outras circunstâncias que envolvem o delito”. Destarte, para os autores, estando presentes as demais exigências do tipo (razões da condição do sexo feminino), é possível a incidência relativamente à mulher transexual, mesmo sem alteração de prenome e gênero em seus documentos, reconhecendo esta como sujeito passivo do feminicídio com base em seu aspecto psicológico. Esta também é a posição defendida por Jeferson Botelho Pereira (2015), quando assevera que: “Diante das recentes decisões da Lei nº 11.40/2006, em relação à Lei Maria da Penha, em especial o TJGO, acredito que o transexual pode figurar como autor ou vítima do delito de feminicídio”.

b) Critério jurídico (ou jurídico-cível), segundo o qual deve ser considerado o sexo que consta no registro civil, de modo que, havendo alteração do sexo no registro de nascimento por força de decisão judicial, exsurgirá novo conceito de mulher, que deixará de ser natural para ser de natureza jurídica (MELLO, 2017).

Rogério Greco defende esta corrente, aduzindo que:

O único critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério que podemos denominar de *jurídico*. Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio (GRECO, 2016, p. 44).

E complementa que:

Além disso, não podemos estender tal conceito a outros critérios que não o jurídico, uma vez que, *in casu*, estamos diante de uma norma penal incriminadora, que deve ser interpretada o mais restritamente possível, evitando-se uma indevida ampliação do seu conteúdo que ofenderia, frontalmente, o princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (GRECO, 2016, p. 44).

A corroborar tal corrente, destaca-se a lição de Bittencourt (2016, p. 101):

[...] na atualidade, com essa diversificação de “espectros” sexuais, para fins penais, precisa-se mais do que simples critérios biológicos ou psicológicos para definir-se o sexo das pessoas, para identificá-las como femininas ou masculinas. Por isso, quer nos parecer que devemos nos socorrer de um critério estritamente jurídico, por questões de segurança jurídica em respeito à tipicidade estrita, sendo insuficiente simples critérios psicológico ou biológico para definir quem pode ser sujeito passivo desta novel qualificadora.

Rogério Sanches Cunha também adota o critério jurídico, com ressalva para o indivíduo travesti, a saber (2016, p. 65, grifo nosso):

A nosso ver, a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente. No caso do transexual que formalmente obtém o direito de ser

identificado como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher. **A proteção especial não se estende, todavia, ao travestido, que não pode ser identificado como pessoa do gênero feminino. Se a Lei Maria da Penha tem sido interpretada extensivamente para que sua rede de proteção se estenda à pessoa que, embora não seja juridicamente reconhecida como mulher, assim se identifique, devemos lembrar que a norma em estudo tem natureza penal, e a extração de seu significado deve ser balizada pela regra que é vedada a analogia *in malam partem*. E ao contrário do que ocorre com outras qualificadoras do homicídio em que se admite a interpretação analógica, neste caso não se utiliza a mesma fórmula, nem há espaço para interpretação extensiva, pois não é o caso de ampliar o significado de uma expressão para que se alcance o real significado da norma. Mulher, portanto, para os efeitos penais desta qualificadora, é o ser humano do gênero feminino. A simples identidade de gênero não tem relevância para que se caracterize a qualificadora.**

Contudo, em sentido contrário, colhe-se a posição de Francisco Dirceu Barros (2015), o qual sustenta que:

[...] o critério jurídico-cível, data vênua, também não poderia ser aplicado, pois as instâncias cível e penal são independentes; assim, a mudança jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo do réu, afrontando o princípio da proibição da analogia *in malam partem*, o corolário da legalidade proíbe a adequação típica “por semelhança” entre fatos.

c) Critério biológico, o qual é derivado de uma visão conservadora, identificando a mulher em sua concepção genética ou morfológica. Nesta perspectiva, mesmo com a realização da cirurgia de redesignação de gênero, não será possível a aplicação da qualificadora do feminicídio em se tratando de indivíduos transexuais, pois a intervenção médica altera a estética externa, mas não a concepção cromossômica.

O critério biológico, segundo Barros (2015), identifica a mulher pelo sexo morfológico, genético e endócrino, sendo: a) sexo morfológico ou somático: a soma das características genitais (órgãos genitais externos e internos) e extragenitais somáticas (caracteres secundários – desenvolvimento de mamas, pelos pubianos, timbre de voz *etc.*); b) sexo genético ou cromossômico: determinação do indivíduo por meio dos genes ou pares (XX – feminino ou XY – masculino); e c) sexo endócrino, o qual delimita o indivíduo com base em suas glândulas sexuais, os quais produzem hormônios (testosterona e progesterona) responsáveis por conceder à pessoa atributo masculino ou feminino.

Na defesa do critério biológico, discorre Cleber Masson (2016, p. 45, grifo nosso):

Nos dias atuais, é comum a transgenitalização, ou seja, a cirurgia de redesignação sexual. Nesse terreno duas situações podem ocorrer: Em primeiro lugar, admite-se a ‘neocolpovulvoplastia’, consistente na alteração do órgão sexual masculino para o feminino, com a construção de uma neovagina (vaginoplastia). Nessa hipótese, **não há falar em feminicídio**

**na morte do transexual, pois a vítima biologicamente não ostenta o sexo feminino, tanto que jamais poderá reproduzir-se, pela ausência dos órgãos internos. Essa situação é mantida ainda que a pessoa tenha sido beneficiada pela alteração do registro civil (mudança de nome). Com efeito, entendimento diverso seria prejudicial ao agente, constituindo-se em inquestionável analogia *in malam partem*, repudiada pelo moderno Direito Penal.** Contudo, também pode ocorrer de uma mulher ser submetida a cirurgia para readequação ao sexo masculino. Nesse caso, se essa pessoa for vítima de homicídio e o crime for praticado por razões de condição do sexo feminino, será cabível a qualificadora prevista no art. 121, 2º, inc. VI, do Código Penal. Em síntese, admite-se o feminicídio, pois biologicamente a vítima continua ostentando o sexo feminino.

No mesmo sentido, é o posicionamento de César Dario Mariano da Silva (2017, p. 48, grifo nosso):

Note-se, ainda, que a norma é clara no sentido de que o sujeito passivo do feminicídio é do sexo feminino, não estando englobado o transexual, mesmo que obtenha a retificação do seu registro civil. **Mulher é aquela que nasce mulher, ou seja, que em tese possa procriar e ser mãe. O transexual pode até parecer mulher, mas não o é para efeitos do Direito Penal, que pressupõe condição de vulnerabilidade do gênero, o que na maioria das vezes não ocorre com o transexual, que tem a força e compleição física do homem, pelo menos em regra.**

Com ótica convergente, Francisco Dirceu Barros (2015) assevera que o legislador teria supostamente escolhido o critério biológico, porquanto foi peremptório ao afirmar no tipo penal que o menosprezo ou discriminação ocorrem à condição de mulher e não à condição de gênero, prevista originalmente no projeto de lei.

A despeito da existência de três correntes distintas e da plausibilidade dos argumentos invocados em defesa de cada posicionamento, observa-se, pelo menos nestes momentos iniciais e em termos quantitativos, a prevalência do posicionamento que admite o transexual como vítima de feminicídio desde que possua o registro civil retificado, isto é, constando a definição do sexo feminino.

E, para a obtenção, pela via judicial, da retificação do registro civil, pelo que se tem visto contemporaneamente na jurisprudência (destaque à recente decisão do Superior Tribunal de Justiça mencionada em linhas anteriores), afigura-se prescindível a realização de intervenção cirúrgica de redesignação de sexo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objeto central analisar a possibilidade ou não de a mulher transexual figurar como sujeito passivo de feminicídio, o que, inevitavelmente, perpassou pela investigação e conceituação de “mulher” nos moldes hodiernos.

No desenvolvimento da pesquisa, observou-se que existem diferentes critérios que poderão ser utilizados para uma possível definição de “mulher”, com aceitação e defensores na doutrina penal, despontando, com maior relevo, três correntes principais, as quais se subdividem em defesa do critério psicológico, jurídico ou biológico.

Com efeito, após exame detalhado de uma série de doutrinas brasileiras abalizadas, verificou-se que, em termos quantitativos, há uma tendência no sentido de prevalecer o conceito jurídico de mulher e, portanto, ser possível a configuração da qualificadora do feminicídio quando o sujeito passivo do delito for transexual que obteve a alteração do gênero no registro civil de nascimento (tendo ou não realizado intervenção cirúrgica de redesignação de sexo).

O critério jurídico, de fato, parece ser o que mais se harmoniza à atual conjuntura vivenciada, sobretudo porque se coaduna com o ideal de segurança jurídica, característico do Direito Penal moderno e arduamente granjeado no curso da história.

Entretanto, à luz do critério psicológico, é possível indagar, entre outras questões, o porquê de se condicionar a definição da incidência da qualificadora à prévia chancela formal do Estado, na esfera judicial cível, relativamente ao gênero do indivíduo, especialmente porque a circunstância pode ensejar a ocorrência de situações incoerentes na seara criminal.

Dessarte, ainda que não se ignorem os princípios norteadores da ciência penal contemporânea, justificadores da eleição do critério jurídico, predominante atualmente, é inegável que tal posição não está livre de objeções.

## 6 REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<http://blogdapsicologia.com.br/unimar/wp-content/uploads/2015/12/248320024-Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo Completo do Feminicídio**. 2015. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BENTO, B.; PELÚCIO, L. **Despatologização do Gênero**: A politização das identidades abjetas. Revista Estudos Feministas, v. 20, n. 2, Florianópolis, 2012. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&id=S0104-026X2012000200017&lng=pt&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0104-026X2012000200017&lng=pt&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BIANCHINI, Alice. **O feminicídio**. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/171335551/o-femicidio>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: entenda as questões controversas da Lei 13.104/2015**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controversas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial – Crimes contra a pessoa**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.104 DE 9 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Feminicídio: Aprovada a Lei n. 13.104/2015 e consagrada a demagogia legislativa e o Direito Penal Simbólico mesclado com o Politicamente Correto em solo brasileiro. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre. v.16, n. 91, p. 31-57, abr./maio, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Volume 2**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relação de enunciados aprovados pela plenária da I Jornada de Direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo-SP**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Volume Único: Parte Especial (arts. 121 ao 361)**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_. **Pode figurar como vítima do feminicídio pessoa transexual?**. 2015. Disponível em: <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/pode-figurar-como-vitima-do-femicidio-pessoa-transexual?jsessionid=D0p+zd7GydQD0GcJ4zqq1Jtq.sp-tucson-prod-10>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi; AZEVEDO, Cléber José de. A disforia de gênero e o processo transexualizador na busca da identidade e dignidade do transexual. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 105, n. 963, p. 87-108, jan. 2016.

GRECO, Rogério. **Feminicídio: Comentários sobre a Lei n. 13.104 de 9 de março de 2015**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquemático: Vol. 2 - Parte Especial (arts. 121 a 212)**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Uma análise sóciojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

\_\_\_\_\_. **Feminicídio: Breves comentários à Lei n. 13.104/15**. 2017. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/noticia/feminicidio-breves-comentarios-a-lei-n-1310415>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Forense, 2016.

OLIVEIRA, Marina Barcelos de. **A retificação do registro civil do prenome e do sexo de pessoas trans\*: uma análise jurisprudencial**. 2017. 131 f. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/177811>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PASINATO, Wânia. **"Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332011000200008#\\_ftn7](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008#_ftn7)>. Acesso em: 14 maio. 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-femicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal – Parte Especial: Coleção Sinopses para concursos**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2014.074259-6, de Chapecó, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 23 nov. 2015**. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000T8B90000&nuSeqProcessoMv=64&tipoDocumento=D&nuDocumento=8724140>>. Acesso em: 12 maio 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal: Parte Especial – arts. 121 a 234**. 14 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

SOUZA, Priscila de Freitas. **Há Diferenças entre Travestis e Transexuais Femininas? Breve conceituação dos termos**. Disponível em: <<https://www.faculdaescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol9-2015.1/artigo6.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia**. 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicacao%20A7%20C3%A3o/noticias/Not%20C3%ADcias/Transexuais-t%C3%A0-direito-%20C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao%20A7%20C3%A3o/noticias/Not%20C3%ADcias/Transexuais-t%C3%A0-direito-%20C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia)>. Acesso em: 10 maio 2017.

TARTUCE, Flávio. **Transexualidade x Transexualismo**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/142578596/transexualidade-x-transexualismo>>. Acesso em: 15 maio 2017.

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO  
ORDENAMENTO BRASILEIRO - UMA REVISÃO QUANTO AO  
POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

*Mateus Stallivieri da Costa\**

*Ruy Tadeu Mambrini Ribas\*\**

**Palavras Chaves:** RESPONSABILIDADE CIVIL; TEORIA DO RISCO INTEGRAL; RESPONSABILIDADE OBJETIVA; RISCO ADMINISTRATIVO;

**Resumo:** O presente artigo trata-se de uma revisão bibliográfica acerca da Responsabilidade Civil aplicada sobre o prisma da Teoria do Risco Integral, objetivando delimitar o posicionamento da doutrina nacional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) de forma a avaliar as convergências e divergências existentes entre a teoria e a aplicabilidade prática do instituto. Para a elaboração de estudo comparado entre os dados dos dois sistemas, STF e a doutrina nacional, foram organizados dois bancos de informações distintos, permitindo, assim, comparação posterior entre os resultados encontrados. Para construção do posicionamento da doutrina nacional, foram analisados os 100 (cem) livros mais vendidos da maior livraria do Brasil, a Saraiva, recolhendo o posicionamento de todos os autores que mencionaram a teoria do risco integral nos seus trabalhos. Para a construção do posicionamento do STF, foram analisados todos os acórdãos julgados na corte que envolveram o instituto do Risco Integral. A partir da comparação entre as informações encontradas em ambas as bases de dados, percebe-se uma diferença entre as justificativas legais encontradas na doutrina e as utilizadas pelo STF, principalmente em julgados mais antigos. Da mesma forma, os embasamentos teóricos dos julgados não seguem o posicionamento dos autores mais lidos no Brasil, assim como não existe coesão entre as citações autorais feitas nos livros e nos julgados. Em conclusão é possível afirmar que as decisões do STF não estão em sintonia com o posicionamento da doutrina nacional, sendo possível elencar como motivo para essa ausência de convergência o seguinte: (i) a escassez de julgados que envolve a matéria, provocando

\* Mateus Stallivieri da Costa. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduando do Curso de Direito Noturno. mateusstallivieri@gmail.com. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4973144T8>.

\*\* Ruy Tadeu Mambrini Ribas. Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Administração. Graduado em Direito. rtmribas@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/238446120965241>

poucos momentos de debate sobre a matéria no supremo; (ii) as divergências teóricas entre os ministros e os doutrinadores; (iii) além da dificuldade fática de acontecimentos que possam vir a exigir a aplicação do instituto.

**Keywords:** CIVIL LIABILITY; INTEGRAL RISK THEORY; OBJECTIVE RESPONSABILITY; ADMINISTRATIVE RISK

**Abstract:** This article is a bibliographical review about Civil Liability applied to the Integral Risk Theory and it aims to delimit the state of the matter on both national doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) in order to evaluate the existing convergences and divergences between theory and practical application of said institute. For the elaboration of this comparative study two different information banks were organized, allowing the later comparison of the results found. The first one – to diagnose the positioning of the national doctrine – was organized by the gathering of the understanding of all the authors that mentioned the Integral Risk Theory in their work amongst the 100 best selling books of the largest bookstore in Brazil (Saraiva). For the organization of positioning of the Supreme Court, all judgements that involved the Integral Risk institute were analyzed. From the comparison between the information found in both sets of organized data it was possible to notice the difference of the legal arguments used by the authors in their doctrines and by the Supreme Court in its judgements, especially in older ones. In the same way, the theoretical background of the trials analyzed do not follow the position of the most read authors in Brazil, just as there is no cohesion between the citations made in books and judgements. In conclusion it is possible to state that the decisions of the Supreme Court are not aligned with the understanding of the national doctrine. It is possible to establish possible reasons for this absence of convergence like (i) the shortage of STF's trials involving the matter, not provoking many opportunities for the Court to debate the institute; (ii) the theoretical divergence and differences between Supreme Court Justices and authors; (iii) the scarcity of events or cases that require the application of the institute.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo promove uma pesquisa quanto ao tema da responsabilidade civil aplicada pela teoria do risco integral, buscando esclarecer qual é o conceito adotado pela doutrina nacional, quanto o posicionamento as suas possibilidades de aplicação, assim como posteriormente realizar uma análise comparada com o atual entendimento do Supremo Tribunal

Federal (STF). O objetivo do trabalho é avaliar qual a proximidade entre as decisões emitidas pelo STF e o pensamento que vem sendo divulgado pela principal doutrina, permitindo, assim, demonstrar se existe convergência ou divergência entre a aplicação teórica e a utilização prática da teoria do risco integral no ordenamento brasileiro.

A importância da pesquisa surge da necessidade de se realizar estudos empíricos quanto ao posicionamento da doutrina, quanto dos ministros do STF, no que se refere ao risco integral. É comum nas leituras de manuais, tratados e artigos sobre o tema o uso de expressões como "a melhor doutrina", "a doutrina majoritária" ou "o posicionamento amplo", mas dificilmente realiza-se uma explicação matemática ou quantitativa relacionada a como se chegou nessas definições. O uso dessas expressões gera fenômenos academicamente curiosos, como autores diferentes levantarem como majoritários posicionamentos antagônicos. Mesmo fenômeno ocorre quando a doutrina se refere ao posicionamento do STF ou do STJ, sendo difícil para o leitor entender qual de fato é o entendimento dessas cortes, ou qual é o pensamento mais comum entre os autores que abordam o tema.

Buscando, então, demonstrar de forma quantitativa e com critérios claros o posicionamento da doutrina e do STF sobre o assunto, o artigo se propõe aplicar uma alternativa e garantir uma segurança maior (mesmo que não infalível) ao leitor quanto a aplicabilidade da teoria do risco integral. Para isso, foi considerado a necessidade de construir-se dois bancos de dados autônomos e posteriormente gerar uma comparação entre os dois, chegando assim a conclusão de qual seria o grau de familiaridade entre os posicionamentos de um e outro. Em um primeiro momento, foi levantado o posicionamento de determinado segmento da doutrina nacional, que seria posteriormente comparado com todas as decisões proferidas pelo STF dentro de um marco temporal.

Para o levantamento de dados relativo a doutrina nacional, foi elencado um marco estatístico referente aos 100 livros de direito mais vendidos, avaliando dentro desse segmento quais trabalhavam com a teoria do risco integral, qual a definição utilizada por eles, quais os casos em que consideravam aplicável a teoria e quais os autores citados dentro da obra. Quanto ao posicionamento do STF, foram levantados todos os acórdãos que citam a teoria desde 1946, promulgação da primeira constituição que positivou a responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro. Separando assim quais os casos em que se considerava a aplicação, quais os autores citados, qual a legislação citada, quais os precedentes utilizados para justificar a decisão e quem eram os agentes do processo.

Dessa forma, sem a pretensão de fazer grandes reflexões quanto ao instituto da responsabilidade civil em geral, ou mesmo vencer todas as nências e polêmicas que podem

envolver a teoria do risco integral, o artigo esboça através de métodos empíricos uma análise quantitativa quanto ao posicionamento da principal doutrina nacional, assim como dos julgados do STF, permitindo uma análise entre os dois e expondo suas divergências e convergências teóricas.

## 2 A Responsabilidade Civil pela Teoria do Risco Integral

Antes de adentrar nos resultados específicos da pesquisa, cabe uma breve explicação quanto a conceituação da teoria do risco, assim como o seu enquadramento dentro da responsabilidade civil e elementos de formação. Ao se trabalhar com as conceituações básicas do instituto, se torna possível a definição das variáveis da pesquisa, que surgem a partir das divergências teóricas da doutrina sobre o tema. Posteriormente, com as variáveis definidas, será possível a formação de dois bancos de dados, um relativo à doutrina e outro a jurisprudência do STF, que, quando comparados, permitem uma análise das divergências e convergências da aplicabilidade da teoria do risco no Brasil.

Inicialmente, cabe expor que a palavra responsabilidade significa em seu sentido epistemológico, a obrigação de responder a algo. Um conceito que se aproxima da ideia de reparação, que no direito civil é evocada sempre que existir uma violação a um dever de não se causar dano a alguém (Morosini, 2016, p. 197). A responsabilidade seria então inerente à existência de um dever jurídico, um aspecto ou consequência desse dever, que gera uma submissão e determinados efeitos caso este venha a ser violado (Justem Filho, 2014, p. 816).

Por outro lado, a responsabilidade civil, para René Savatier, é a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado por outrem por fato seu ou fato de pessoa ou coisa dele dependentes (Savatier, 1951, p. 1 apud Pedreira, 2016 p. 12).

Alguns autores subdividem a responsabilidade civil em responsabilidade civil contratual e extracontratual, ou em responsabilidade civil contratual e aquiliana. Rechaçando essa classificação, o professor Fernando Noronha defende que a divisão entre contratual e extracontratual é incompleta, pois excluiria negócios jurídicos unilaterais (2010, p. 454-455), por outro lado, a designação de responsabilidade aquiliana estaria ultrapassada, por se referir apenas a modalidade da responsabilidade subjetiva, excluindo a objetiva (2010, p. 456).

Assim podemos afirmar que a responsabilidade civil é o dever de indenizar imposto a quem ultrapassa os limites de certo dever jurídico. Dever este que precisa seguir certos requisitos para que obrigue o causador de determinada ação a indenizar. Para a doutrina, esses

requisitos podem ser chamados de elementos da responsabilidade civil. Maria Helena Diniz escreve que os 3 elementos são i) existência de ação comissiva ou omissiva, que se apresente como ato ilícito ou lícito; ii) ocorrência de um dano, juridicamente reconhecido, moral ou patrimonial causado a vítima; iii) um nexo de causalidade entre o dano e a ação; (2005, pg. 42). Parte da doutrina ainda inclui como um terceiro requisito obrigatório, a culpa lato sensu, podendo se destacar nessa corrente Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 32) e Silvio Salvo Venosa (2010, p. 839).

A divergência doutrinária referente aos elementos não gera diferenças na aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil, pois quando a culpa lato sensu não se encontra apartada em elemento específico é avaliada em regra no conjunto com a ação comissiva ou omissiva. Por outro lado, a ausência ou não da necessidade comprobatória do elemento culpa é justamente o critério para definir a diferença entre duas teorias da responsabilidade civil, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

A regra geral do ordenamento civil brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva, baseada na teoria da culpa, sendo que esta pode ser avaliada como elemento apartado ou em conjunto com a ação comissiva ou omissiva. Nessa teoria, o agente causador do dano só será obrigado a indenizar caso seja comprovado que agiu com culpa genérica (lato sensu) (Tartuce, 2016, p. 559). A culpa genérica envolve então uma conduta dolosa, uma conduta imprudente (falta de cuidado na ação), uma conduta negligente (falta de cuidado devido a omissão) ou imperita (falta de qualificação) (Tartuce, 2016, p. 507).

A exceção do ordenamento brasileiro é a previsão do artigo 927 do Código Civil, que, em seu parágrafo único, relata a possibilidade de reparação independente de culpa, positivando a teoria conhecida como responsabilidade objetiva. Nessa modalidade, os elementos são a existência de um dano juridicamente tutelado e um nexo causal. Para Flavio Tartuce, a teoria da responsabilidade objetiva no Brasil é fundamentada na teoria do risco, que se dividem em 4 modalidades, sendo elas a i) teoria do risco administrativo, nos casos de responsabilidade objetiva do Estado; ii) Teoria do risco da atividade/profissional; iii) Teoria do risco-proveito, relacionado às relações consumeristas e a iv) Teoria do risco integral, objeto da análise do presente artigo (Tartuce, 2016, p. 560).

A teoria do risco integral como modalidade da teoria objetiva da responsabilidade civil nunca foi consenso entre os doutrinadores brasileiros, existindo autores que não aceitaram uma diferenciação entre a mesma e a teoria do risco e outros que a tratavam como modalidade extremada da responsabilidade objetiva. As divergências se tornam ainda mais acentuadas

quando o assunto se volta para as possibilidades de aplicação do risco integral no caso concreto, dividindo ainda mais o pensamento a respeito do instituto.

Yussef Said Cahali é defensor da equiparação entre as teorias do risco integral e teoria do risco (responsabilidade objetiva), afirmando que a doutrina e a jurisprudência majoritária seguem esse entendimento, não existindo, a seu ver, motivo para qualquer diferenciação (2012, p. 38). De forma antagônica, Hely Lopes Meireles trata a teoria do risco integral como forma diferenciada da teoria do risco comum, onde além da desnecessidade de comprovação da culpa também não seria necessário a devida comprovação do elemento do nexo causal (2016, p. 782). Sergio Cavalieri Filho define a teoria como "modalidade extremada" da doutrina do risco, onde o dever de indenizar é imputado aquele que cria o risco, mesmo que a atividade não tenha sido causa direta e imediata do evento (2015, p. 227).

Para além da definição conceitual do instituto, as possibilidades de aplicação da teoria do risco integral, como já colocado, também geram inúmeras divergências na doutrina nacional. Gustavo Scatolino e João Trindade afirmam que Lucas Rocha Furtado admite a aplicabilidade da teoria nos casos de danos causados por acidentes nucleares. Por outro lado, segundo eles, Hely Lopes Meireles e Diógenes Gasparini não aceitam a sua aplicabilidade em nenhuma hipótese no ordenamento brasileiro (2016, p. 889). Marco Aurélio Bezerra de Melo (2015, p. 471), assim como Maria Helena Diniz (2009, p. 624), igualmente defendem a aplicação apenas nos casos de responsabilidade por danos nucleares. Sergio Cavalieri Filho elenca 3 possibilidades, a indenização oriunda de seguro obrigatório para veículos automotores DPVAT, a indenização oriunda de dano ambiental e a responsabilidade por danos nucleares (2015, p. 230-231).

Conforme demonstrado nessa breve revisão, o posicionamento da doutrina varia em relação a conceituação da teoria do risco integral, da admissão ou não no ordenamento e ainda nos casos de admissão em que momentos seriam ou não aplicável. Traçar um apanhado completo da doutrina seria praticamente impossível, devido a uma quantidade expressiva de autores com posicionamentos diversos, sendo necessário então buscar critérios objetivos para realizar uma análise quantitativa dentro de um grupo específico, só então seria possível realizar uma comparação com o posicionamento da jurisprudência e concluir quanto a sua convergência e divergência. No tópico seguinte serão descritos os resultados encontrados referentes a pesquisa na doutrina nacional, focando então as três variáveis possíveis previamente encontradas, sendo elas: a) Existência ou não de divergência entre a teoria do risco e a teoria do risco integral. b) Possibilidade ou não da aplicação da teoria do risco integral no

ordenamento brasileiro c) Hipóteses de aplicação da teoria do risco integral no ordenamento brasileiro.

### 3 Posicionamento da Doutrina Nacional quanto a Teoria do Risco Integral.

Para buscar um entendimento de qual o posicionamento da doutrina nacional sobre a responsabilidade do risco integral é preciso delimitar um segmento de pesquisa, pois ampliar a análise para todos os estudos publicados tornaria o trabalho extremamente exaustivo e enfrentaria enormes dificuldades técnicas de concretização. Para a construção de um marco de pesquisa, foi escolhido o critério referente aos autores mais comprados pelos operadores nacionais formados ou em formação, entendendo que por serem os mais comprados e possivelmente os mais lidos, devem gerar maior influência dentro do posicionamento dos bacharéis e futuros bacharéis do Brasil.

Ocorre que não existe no país uma base de dados referente aos livros de direito mais vendidos, o que direciona a pesquisa ao caminho de se utilizar um marco de vendas específico. No Brasil a empresa que mais vende livros é a Saraiva, seguida da livraria cultura e da FNAC. Enquanto a Cultura possui 19 agências no país e um faturamento bruto da venda de livros no valor de 450 milhões de reais, a Saraiva possui 114 agências e um faturamento de 2,1 bilhões de reais. Dessa forma, a pesquisa decidiu por utilizar a base de dados de venda da maior livraria, Saraiva, para buscar os 100 livros de direito mais vendidos, retirando deles o posicionamento relativo a conceituação e aplicabilidade da teoria do risco integral<sup>1</sup>.

Dos 100 livros mais vendidos pela livraria saraiva, 10 abordam a teoria do risco integral, sendo desses 3 livros de direito civil e 7 livros de direito administrativo, sendo eles em ordem de venda:

- a) Manual de Direito Administrativo - Maria Sylvia Zanela Di Pietro - 2015 - Ed
- b) Manual de Direito Civil - Flavio Tartuce - 2015 - Ed
- c) Direito Administrativo Descomplicado - Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino - 2015
- d) Direito Civil Esquematizado - Responsabilidade Civil - Carlos Roberto Gonçalves - 2016
- e) Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil - Carlos Roberto Gonçalves - 2016
- f) Curso de Direito Administrativo - Celso Antonio Bandeira de Mello - 2015

<sup>1</sup> Dados disponíveis em: [http://istoe.com.br/362164\\_A+REINVENCAO+DAS+REDES+DE+LIVRARIAS/](http://istoe.com.br/362164_A+REINVENCAO+DAS+REDES+DE+LIVRARIAS/). Acesso 21/07/2017

- g) Manual de Direito Administrativo - Carvalho Filho - 2015
- h) Manual de Direito Administrativo - Alexandre Mazza - 2015
- i) Manual de Direito Administrativo Esquematizado - Ricardo Alexandre Santo e João Calheiros Junior - 2015
- j) Direito Administrativo - Fernanda Merinela - 2014

A partir da leitura dessas 10 obras foi possível construir uma base de dados que corresponda ao posicionamento da doutrina mais vendida do país, permitindo assim posteriormente realizar-se uma comparação com os dados retirados das decisões do STF.

#### 3.1 Divergência entre a Teoria do Risco e a Teoria do Risco Integral

A primeira polêmica relativa à teoria do risco integral estaria na existência da mesma como modalidade extremada da teoria do risco ou com o instituto sinônimo, não existindo diferenciação entre ambos. A teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, em sua modalidade clássica, envolve 3 elementos da responsabilidade civil: O nexo de causalidade, a conduta do agente e o dano. No caso da modalidade tida como a versão extremada da teoria do risco, chamada de teoria do risco integral, seriam analisados de apenas 2 elementos: o dano e a conduta. Sendo assim, nessa última modalidade a ausência de averiguação do nexo causal.

Das 10 obras pesquisadas, é praticamente unânime o posicionamento que defende diferenciação entre as duas teorias, excetuando Celso Antonio Bandeira de Mello que, ao tratar do tema, não aborda a teoria do risco integral de forma específica. Pode-se afirmar que a tendência é pela adoção da corrente que defende a teoria do risco integral como modalidade extremada da teoria do risco. Maria Sylvia Di Pietro cita diretamente Hely Lopes Meirelles (1995, p. 40) como defensor da diferenciação e Yussef Said Cahali como advogado da ideia de indiferença (2003, p. 623). Para a autora, a questão é meramente semântica. Na leitura das demais obras, ainda são encontradas as citações de Weida Zancaner Brunini (1981, p. 59), Octávio de Barros (1956) e Washington de Barros, sendo os 3 defensores da corrente da indiferença. Por outro lado, Caio Mário é citado como defensor da diferenciação, mas com nome sinônimo, podendo a teoria do risco abranger ambos os institutos. Ao todo são citados 9 autores, quando o assunto é a existência ou não de diferenciação, sendo o mais citado Hely Lopes Meirelles, 3 vezes. Yussef Said é o segundo mais citado, sendo nomeado 2 vezes, mas ao contrário de Hely, nunca em reforço da teoria adotada e sim como exemplificação da oposta.

Tabela 1 - Posicionamento dos 100 livros mais vendidos quanto a diferenciação da teoria do risco e da teoria do risco integral

|                     | Diferenciam | Não Diferenciam | Não Mencionam |
|---------------------|-------------|-----------------|---------------|
| Referências Diretas | 9           | 0               | 1             |

Tabela 2 - Posicionamento dos autores citados dentro das referencias pesquisadas

| Autor             | Nº de Citações | Diferenciam |
|-------------------|----------------|-------------|
| Hely L. Meireles  | 3 Citações     | Sim         |
| Yussef Said       | 2 Citações     | Não         |
| Weida Zancaner    | 1 Citação      | Não         |
| Washington Barros | 1 Citação      | Não         |
| Caio Mario        | 1 Citação      | Não         |

### 3.2 Divergência na Aplicabilidade da Teoria do Risco Integral no Ordenamento Brasileiro

Das 10 obras consultadas, 4 não aceitam a aplicabilidade da teoria do risco integral no ordenamento brasileiro, sendo os autores Celso Antonio Bandeira de Mello, Carvalho Filho, Alexandre Mazza e Fernanda Marinela. Por outro lado, as outras 6 obras restantes aceitam a aplicabilidade da teoria em casos específicos, mas existindo divergência sobre as hipóteses de aplicação.

Dentro das divergências levantadas pela doutrina, são 5 as possibilidades de aplicação do instituto: i) o dano causado por acidente ou contaminação de origem nuclear, embasado no artigo 21 da CF de 1988 e da lei 6453 de 1977. ii) os atos de guerra contra aeronaves brasileira, leis 10.309/01 e 10.744/03. iii) os ataques terroristas em solo brasileiro, lei \_\_\_\_\_; iv) os danos ambientais previstos no Art. 14, parágrafo 1º da lei 6938 de 1981 e v) os direitos das obrigações, nos artigos 246, 393 e 399 do Código Civil. Curiosamente, nenhum dos 6 autores defendem a aplicabilidade em todas as 5 hipóteses.

Dentre os autores citados pelas 10 obras, Celso Antonio Bandeira de Melo defende a não aplicabilidade do instituto da teoria do risco integral, assim como Carvalho Filho. Ambos os autores também estão entre os 100 mais vendidos, conforme já visto. Sérgio Cavalieri

também é citado e defende a aplicabilidade nos casos de acidentes de carro por força do DPVAT e danos nucleares e ambientais.

Tabela 3 - Posicionamento da doutrina pesquisada quanto às hipóteses de aplicação em bloco da teoria do risco integral

| Nuclear Guerra Terrorismo Obrigações | Ambiental | Nuclear Ambiental | Nuclear Terrorismo Guerra | Nenhum Caso |
|--------------------------------------|-----------|-------------------|---------------------------|-------------|
| 1                                    | 3         | 1                 | 1                         | 4           |
| 10%                                  | 30%       | 10%               | 10%                       | 40%         |

Tabela 4 - Posicionamento da doutrina pesquisada quanto às hipóteses de aplicação individualizada da teoria do risco integral

| Nuclear | Terrorismo | Ambiental | Guerra | Obrigações |
|---------|------------|-----------|--------|------------|
| 3       | 2          | 3         | 2      | 1          |
| 27,3%   | 18,2%      | 27,3%     | 18,2%  | 9,10%      |

## 4 Análise do Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a Teoria do Risco Integral

Em nível constitucional, a responsabilidade objetiva foi adotada em 1946, com a seguinte redação:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo Único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causados do dano quando tiver havido culpa destes.

Posteriormente, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 mantiveram a redação de 46, reservando as modificações para 1988, quando se manteve a responsabilidade objetiva mas se estendeu tal responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (Carvalho Neto, 2014, pg. 55). Ou seja, desde 1946 já é adotado a responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro, o que se manteve posteriormente.

Como marco temporal para a pesquisa envolvendo o STF, foi adotado, então, todo o período posterior a promulgação da primeira Constituição que adota a teoria objetiva (1946), até o final do ano de 2016, sendo avaliados todos os julgados que citam a responsabilidade pelo risco integral, seja para adotar ou não adotar a teoria. Dentro do sistema de jurisprudência do site do STF<sup>2</sup>, utilizando as variáveis de pesquisa "risco" e "integral", interligadas pelo conectivo "adj" que seleciona apenas quanto a antecessora e a antecedente estiverem em sequência. Filtrando pelos acórdãos, foram encontrados 11 resultados, sendo o primeiro de 1967 e o último de 2016, os quais serão trabalhados a seguir.

#### **4.1 - Recurso Extraordinário RE 52311 / RN**

No acórdão do recurso extraordinário de 1963, o Min. Ribeiro da Costa reconheceu a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Norte em indenizar no caso de policial que em exercício da função se envolveu de forma culposa em conflito com popular. Nos autos o ministro afirma que a doutrina escolhida pela Constituição Federal de 1946 é a teoria do risco, excluindo a culpa e mantendo os elementos donexo causal e do dano. É citado no acórdão a doutrina de Amaro Cavalcanti, em edição atualizada por Aguiar Dias, sendo a fundamentação teórica o artigo Art. 194 da constituição federal de 1946;

#### **4.2 - Recurso Extraordinário RE 68107 / SP**

O Min. Thompson Flores em processo julgado em 1970, envolvendo um acidente entre um caminhão do exército e particular, negou o pedido de indenização contra a União. Ao afastar a responsabilização, o ministro entendeu não ser cabível a teoria do risco integral, devendo ser adotada a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade da teoria do risco. Como

<sup>2</sup> Disponível <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/pesquisarprocesso.asp>. Acesso 03/06/2017

fundamentação legal foram utilizados os artigos Art. 194 da CF 46, Art. 105 CF 1967 e Art. 107 CF 1969. Por outro lado, para fundamentar teoricamente foram utilizados a obra de Seabra Fagundes<sup>3</sup> e Hely Lopes Meireles<sup>4</sup>;

#### **4.3 - Recurso Extraordinário 74554 / PR**

O caso julgado pelo ministro Min. Rodrigues Alckmin, em 1974, trata de um pedido de responsabilização de particular contra o Estado do Paraná em função da morte de civil decorrente de atividade policial, afastada essa pela não aplicação da teoria do risco integral e a existência de excludente de ilicitude, no caso legítima defesa por parte do policial. São citados como precedentes os julgados RE 68.107/SP, RTJ 55/50 e o Recurso Extraordinário 66.013/SP, os fundamentos legais Art. 105 CF 1967 e Art. 107 CF 1969, além da doutrina do professor Hely Lopes Meireles.

#### **4.4 - Recurso Extraordinário RE 91376 / SC**

Ao avaliar caso envolvendo acidente de trânsito de agente público e culpa exclusiva da vítima, o ministro Xavier de Albuquerque, em 1979, decidiu por não indenizar a requerente devido ao fato do ordenamento brasileiro não ter acatado a teoria do risco integral. Foram citados como precedentes o Recurso Extraordinário 68.107, RTJ 55/50, RE 74.292 e RTJ 71/99, além do Art 107 da CF de 1969, como fundamento legal.

#### **4.5 - Recurso Extraordinário 92676 / SP**

No caso relatado pelo ministro Décio Miranda em 1981, um agente público, ao tentar sinalizar um acidente na via, em clara ação desprovida de cautela, acendeu fogo a uma lata de combustível gerando incêndio que causou prejuízos à vítima. Ao recorrer, o Estado de São Paulo alegou que a decisão de segundo grau teria ofendido o Art. 107 da CF de 1969, pois o Tribunal teria avaliado o caso conforme a teoria do Risco Integral. Décio Miranda, apesar de

<sup>3</sup>A obra citada pelo ministro é: FAGUNDES, M. Seabra; LIMA, Antônio Pedrosa Pires de. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário e A tutela administrativa nas autarquias locais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 21, p. 398-401, jan. 1950. ISSN 2238-5177.

<sup>4</sup>A obra citada pelo ministro é: MEIRELES, Hely Loppes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

esclarecer que o artigo 107 está de fato em desconformidade com a teoria do risco integral, tendo adotado a teoria do risco, informa que no caso prático a discussão é irrelevante, pois não só estaria comprovado o nexo causal como também a culpa do agente.

#### 4.6 - Recurso Extraordinário 78569 / PR

Em mais um caso envolvendo exercício da função e legítima defesa por parte de agente público, dessa vez um delegado de polícia, o Min. Firmino Paz, também em 1981, afirmou que a responsabilidade objetiva contida no artigo Art. 107 da CF de 1969 não gera o dever irrestrito de indenizar por parte da administração, pois não foi positivada a teoria do risco integral no ordenamento brasileiro. São citados os artigos Art. 105 CF 1967 e Art. 107 CF 1969, além das lições do professor Hely Lopes Meireles.

#### 4.7 - AgR 234010 AgR / RJ

Já sob a exigência da Constituição Federal de 1988, em 2002 o Ministro Carlos Velloso avaliou caso envolvendo acidente em vagão de concessionárias de serviço ferroviário, onde um dos passageiros sofreu acidente por não estar acomodado de forma adequada no vagão. Conforme a decisão, o Brasil e a constituição de 1988 não adotaram a teoria do risco integral, afastando no caso concreto o dever de indenizar por força da culpa exclusiva da vítima. São citados o artigo 37 da CF88 e o precedente do RE-179147 (RTJ-179/791), também de relatoria do ministro Carlos Velloso e que envolve morte de presidiário durante a custódia<sup>5</sup>.

#### 4.8 - RE 238453 / SC

Também de 2002 e de relatoria do Ministro Moreira Alves, trata de acidente em parque municipal, em que se requeria indenização por parte do município de Concórdia. O ministro relata que nas instâncias anteriores foi acolhido o instituto da teoria do risco integral, mas esclarece que na verdade o que foi aplicado foi o risco, inclusive analisando a existência de nexo causal e afastando a possibilidade de culpa exclusiva da vítima e caso fortuito ou força

<sup>5</sup> O julgado citado tem uma particularidade curiosa e se destaca nos estudos envolvendo a responsabilidade civil do estado por cometer um erro grave ao misturar os institutos da responsabilidade subjetiva e objetiva. Ao mesmo tempo que a ementa fala de *faute de service*/falha do serviço, ou seja de averiguação subjetiva da culpa, também fala da aplicabilidade da responsabilidade objetiva, misturando os dois institutos.

maior. São citados além do artigo 37 da CF88, as lições de Hely Lopes Meireles e como precedente o RE-179147.

#### 4.9 - Ação Direta de Inconstitucionalidade 4976 / DF

A ADI 4976 julgou a constitucionalidade de alguns pontos da Lei 12.663/2012, conhecida como a Lei Geral da Copa. O Procurador Geral da República alegou inconstitucionalidade nos seguintes pontos: a aplicação da teoria do risco integral em acidentes envolvendo o evento, a quebra do princípio da isonomia na distribuição de vantagens aos campeões das modalidades e a ausência de custeio total. Ao chegar ao Pleno do STF, em 2014, o ministro relator Ricardo Lewandowski acabou por afastar a inconstitucionalidade das 3 alegações.

Quanto ao tema da responsabilidade civil, a PGR alegava que no art. 23 da lei<sup>6</sup> era adotada a teoria do risco integral, sendo incompatível com o art. 37 da constituição federal que adota apenas a teoria do risco. Ao deferir seu voto, o ministro relator argumentou, seguindo as lições de Sérgio Cavalieri, que o Art. 37 não vence todas as possibilidades referentes a responsabilidade da administração, ressaltando inclusive que a CF88, no art. 21, XXIII, d, para muitos administrativistas adotou a teoria do risco integral nos casos de danos nucleares. Novamente citando Sergio Cavalieri o relator também revela que a teoria teria sido aceita nos casos de danos ambientais, por força do Art. 225, § 3º, da CF, e replicado no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, assim como também nos casos de ato de guerra envolvendo aeronaves brasileiras ou casos de terrorismo, conforme a lei Lei 10.744/2003.

Citando o parecer da Advocacia Geral da União, os ensinamentos de Marçal Justem Filho<sup>7</sup>, Alexandre Santos de Aragão<sup>8</sup> e artigo específico de Bruno Carrá<sup>9</sup>, o Ministro

<sup>6</sup> Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos.

<sup>7</sup> A obra citada pelo ministro é referenciada como: JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.327.

<sup>8</sup> A obra citada pelo ministro é referenciada como: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 561.

<sup>9</sup> A obra citada pelo ministro é referenciada como: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A Responsabilidade da União na Lei Geral da Copa de 2014: Uma Análise Sistemática. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, ano 2 (2013), n. 11, pp. 12.202-12.206.

Lewandowski ressalta a possibilidade das leis infraconstitucionais criarem regras específicas para a responsabilidade civil, mas relata que no caso concreto não se trata da adoção da teoria do risco integral, pelo artigo 23 não se tratar de responsabilidade extracontratual do Estado, mas sim de responsabilidade por atos de terceiros, fenômeno diferente e que não gera embate com o art. 37 da CF88.

#### 4.10 Recurso Extraordinário 841526/RS

O Recurso que também foi ao plenário da corte, dessa vez em 2016, trata novamente do caso da morte de detendo que estava em cárcere, ou seja, falha no dever de vigilância do Estado. O ministro relator, Luiz Fux, ainda na ementa, já afasta a possibilidade de responsabilização por meio da teoria do risco integral, deixando expresso que a adoção do artigo 37 é no sentido da aplicabilidade da teoria do risco. Para afastar o risco integral, o ministro usa a definição do instituto feita por Diógenes Gasparini<sup>10</sup>, sendo que ao questionar a aplicabilidade da teoria no ordenamento brasileiro o relator usa as lições de Hely Lopes Meireles<sup>11</sup>, autor que afirma não existir essa possibilidade. Por outro lado, o relator afirma que o STJ tem entendido pela aplicação nos casos de responsabilidade por dano ambiental, citando o REsp 1.374.284 ( Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe de 05/09/2014). Ao entrar nos casos de dano por acidentes ou contaminações nucleares, o ministro Fux afirma que a doutrina majoritária advoga pela não aplicação da teoria do risco integral, citando Rui Stoco<sup>12</sup>. O relator ainda afirma que segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>13</sup> existe certa confusão semântica na doutrina, e que apenas o risco integral exoneraria da avaliação quanto ao nexos de causalidade. Em seguida também cita livro do ministro Gilmar Mendes, que rechaça a aplicabilidade da teoria nos casos de omissão do poder público<sup>14</sup>. Após essa breve revisão bibliográfica, o relator escreve que: "1) não se aplica a teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade civil do Estado".

10 A obra citada pelo ministro é referenciada como: GASPARINI, DIÓGENES. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 16ª Edição, 2011, p. 1.114

11 A obra citada pelo ministro é referenciada como: MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 28ª Edição, 2003, atualizadores Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, p. 624)

12 A obra citada pelo ministro é referenciada como: STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2015, p. 612-613

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 14ª Edição, 2012, p. 171

14 GILMAR FERREIRA MENDES et alli. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 801-803

#### 4.11 ARE 934055 AgR

Em 2016, no caso mais recente pesquisado, a Ministra Rosa Weber afastou a responsabilidade civil de concessionária de serviço público metroviário após morte de usuário durante assalto nas bilheterias da estação. Para a ministra, a aceitação da responsabilidade implicaria na adoção da teoria do risco integral, em contradição com o Art. 37 da Constituição Federal. Foram utilizados como precedentes as decisões AI 782929 ED (1ªT), ARE 699423 AgR (1ªT), ARE 717693 AgR (1ªT), ARE 719772 AgR (2ªT).

#### 5 Resultados do Posicionamento do STF

avaliando os resultados encontrados da análise do Supremo Tribunal Federal, é possível aferir que na totalidade das decisões é feita diferenciação entre a teoria do risco integral e a teoria do risco. Por outro lado, assim como na doutrina, as possibilidades de aplicação da teoria também são polêmicas na Corte, até o momento não existindo nenhum julgado que defenda a sua aplicabilidade em um caso prático.

Tabela 5 - Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade da teoria do risco integral

|   |                                    |    |      |
|---|------------------------------------|----|------|
| Órgão de Julgamento do Acórdão                                    | Pleno                              | 2  | 18%  |
|   | Turmas                             | 9  | 82%  |
| Polo passivo da ação de responsabilidade <sup>15</sup>            | Administração Direta               | 8  | 80%  |
|   | Concessionária de Serviço Público  | 2  | 20%  |
| Escolha do acórdão pela diferenciação da teoria do risco integral | Diferenciam da Teoria do Risco     | 11 | 100% |
|   | Não Diferenciam da Teoria do Risco | 0  | 00%  |

<sup>15</sup> Uma das ações é referente a uma ação direta de inconstitucionalidade, restando apenas 10 acórdãos para análise do tópico específico.

|  |                                 |    |      |
|--|---------------------------------|----|------|
| Decisão no caso quanto a aplicação da teoria no risco integral | Aceitam a Aplicação no Caso     | 0  | 00%  |
|  | Não Aceitam a Aplicação no Caso | 11 | 100% |

Tabela 6 - Embasamento do posicionamento do STF quanto à teoria do risco integral

| Autores Citados                |   | Precedentes Citados*  |   | Legislação Citada**              |
|--------------------------------|---|-----------------------|---|----------------------------------|
| Aguiar Dias (Amaro Cavalcanti) | 1 | RE 68.107             | 2 | Art. 37 da CF 1988 - 5 citações  |
|                                |   | rtj 55/50             | 2 |                                  |
| Hely Lopes Meireles            | 3 | RE 66.013 -SP         | 1 | Art. 107 da CF 1969 - 5 citações |
|                                |   | RTJ 71/99             | 1 |                                  |
| Seabra Fagundes                | 1 | RE 74.292             | 1 | Art. 105 da CF 1967 - 5 Citações |
| Sergio Cavalheri               | 1 | RE-78.569             | 1 |                                  |
| Marçal Justen Filho            | 1 | RE-179147             | 2 | Art. 194 de 1946 - 2 citações    |
|                                |   | RE 591.874/MS         | 1 |                                  |
| Bruno Carra;                   | 1 | ARE 638467 RG         | 1 | Art. 105 da CF 1967 - 5 Citações |
|                                |   | 719772 AgR (2ªT)      | 1 |                                  |
| Leonardo Câmara;               | 1 | ARE 717693 AgR (1ªT), | 1 | Art. 194 de 1946 - 2 citações    |
| Alexandre Aragão;              | 1 | AI 782929 ED (1ªT),   | 1 |                                  |
|                                |   | ARE 699423 AgR        | 1 |                                  |

\* Dos 11 julgados analisados, 5 não apresentaram nenhum precedente como embasamento no que tocava a responsabilidade pelo risco integral, numero equivalente a 45,5%.

\*\* Dos 11 julgados analisados, 2 não apresentaram nenhuma justificativa legislativa no embasamento tocante ao posicionamento quanto a responsabilidade pelo risco integral, numero equivalente a 18%.

## 6 Considerações finais

De início é preciso deixar claro novamente que a pesquisa não teve em nenhum momento a pretensão de atingir a totalidade da doutrina nacional no que toca o posicionamento referente à teoria do risco integral, mas sim com base em uma metodologia clara com um marco

de pesquisa definido buscar realizar um panorama sobre o assunto, que permitiria posteriormente uma comparação com a integralidade das decisões do STF desde 1946 que sobre o tema. A crítica quanto a tendência *manualesca* e pouco específica que surgiu a partir da delimitação da pesquisa em torno dos livros mais vendidos é válida, pois de fato gera dificuldades em se encontrar conteúdos mais aprofundados e específicos, pois esse tipo de leitura se concentra em temáticas gerais e abrangentes. Acontece que, querendo a academia ou não, essa é a cultura de leitura que vem sendo transmitida aos operadores em formação ou já bacharéis, o que aproxima com a realidade da prática jurídica atual e que surgirá nos próximos anos.

A pesquisa referente a doutrina nacional demonstrou forte tendência dos autores em diferenciar a teoria do risco e a teoria do risco integral, sendo que apenas um autor não entrou nessa diferenciação, apesar do mesmo não acreditar na hipótese de teoria do risco integral. Quanto à possibilidade de aplicação, a doutrina de forma majoritária defende a aplicabilidade do instituto no ordenamento brasileiro, mas se diverge quanto às hipóteses. Os danos ambientais e os danos nucleares são os mais citados pelos autores, apesar de apenas um deles defender simultaneamente os dois. Em seguida vem atos terroristas e de guerra contra aviões e por fim nas hipóteses de direito das obrigações do CC, não sendo lembrado o DPVAT defendido por Sergio Cavalheri Filho. O autor mais citado pela doutrina é Hely Loppes Meirelles, seguido por Yussed Said Cahali ambos para sustentar as posições referentes a diferenciação ou não das teorias do risco e do risco integral.

Na análise dos julgados do STF, um primeiro ponto precisa ser destacado quanto as hipóteses de aceitação. Os atos de terrorismo, guerra e danos nucleares nunca tiveram a possibilidade de serem analisados pela corte, e uma vez que são hipóteses extremadas, dificilmente serão em uma escala próxima de tempo. Em um segundo momento, é preciso colocar que a competência da corte afasta de certa forma uma parcela dos casos possíveis de aplicação da teoria do risco, o que diminui a abrangência da pesquisa. Apesar desses dois pontos, a análise minuciosa dos votos dos relatores permite extrair a tese aprovada pela turma ou pelo pleno, pois em sua argumentação e embasamento são esboçados os posicionamentos que levaram os ministros a decisão.

De forma diversa à doutrina, o STF tem se manifestado no sentido de não aceitar a teoria do risco integral no ordenamento brasileiro, não existindo nenhum caso em que a mesma tenha sido tese vencedora. Por outro lado, em consonância com os resultados obtidos relativos a doutrina a corte também defende a diferenciação entre a teoria do risco e a teoria do risco

integral, sendo essa segunda modalidade extremada da primeira, inclusive existindo sentenças que corrigem as decisões de segundo grau que tratam ambas como sinônimas. Por curiosidade, o autor mais citado pelo STF no que tange a teoria do risco integral é justamente Hely Lopes Meireles, defensor dessa diferenciação e crítico da possibilidade de aplicação no ordenamento nacional.

Os julgados em quase a sua totalidade se resumiram em discutir qual a modalidade da teoria do risco se referem o art. 37 da CF88 e suas redações antecedentes se referiam a qual modalidade da teoria do risco, com isso afastando a aplicabilidade no ordenamento nacional como um todo, sem adentrar em exceções. Apesar disso, existem dois precedentes interessantes e recentes no STF que trabalham com a ideia de aplicabilidade em casos específicos. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4976/DF, o ministro relator Ricardo Lewandowski defendeu a possibilidade de aplicação da teoria do risco integral no seu voto em 4 casos específicos, ons danos nucleares, nos danos ambientais e nos ataques terroristas e de guerra contra aviões, conjunto que não é defendido por nenhum dos autores pesquisados. Em sentido diverso, também no pleno e em decisão mais recente, o ministro Luiz Fux afasta de forma expressa a possibilidade de aplicação da teoria do risco integral nos casos de danos nucleares. Em seguida, afirma não ser possível no ordenamento a aplicação desse instituto.

Comparando os dados recolhidos dos dois sistemas, pode-se perceber que apesar de compreender a necessidade de diferenciação entre a teoria do risco e o risco integral apontado pela doutrina, o STF ainda é resistente em aceitar a sua aplicação dentro do ordenamento nacional, não apenas pelos poucos momentos em que foi chamado para debater casos práticos ou por sua esfera de competência, mas principalmente por defender a aplicação da regra positivada na Constituição referente à responsabilidade objetiva pela teoria do risco, divergindo assim a posição majoritária da doutrina pesquisada. O precedente contido no voto do ministro Lewandowski pode vir a transformar a orientação da corte, mas o que se viu nas duas decisões posteriores, uma do pleno e outra da primeira turma, é a manutenção da tese da inaplicabilidade da teoria do risco integral no ordenamento, contrariando a maior parte da doutrina.

## 7 Referências

CAHALI, Said Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **Responsabilidade Extracontratual do Estado Por Omissão**. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Vol. 4 - Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Descomplicado - Responsabilidade Civil**. 3ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELES, Hely Loppes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2015.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil - Vol. IV**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MOROSINI, Marco Aurélio. **Aspectos da responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDREIRA, Ana Maria. **A responsabilidade do estado por omissão**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris. 2016

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SANTAS, Ricardo Alexandre de Almeida. CALHEIROS JUNIOR, João de Deus Moreira. **Direito Administrativo Esquemático**. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Vol. 4: Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

## A CULTURA AGRÍCOLA EM COMUNIDADES QUILOMBOLAS E EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*Jefferson Soares Galvão\**  
*Márcia Rodrigues Bertoldi\*\**  
*Nathércia Pedott\*\*\**

**Palavras-chave:** cultura agrícola; agricultura familiar; comunidades tradicionais; quilombolas; desenvolvimento sustentável.

**Resumo:** A agricultura é uma atividade que se desenvolveu através dos séculos, sendo responsável por garantir segurança alimentar às diversas comunidades humanas. Contudo, com o desenvolvimento tecnológico que vem ocorrendo desde a Revolução Industrial, essa prática vem sofrendo grandes alterações. O uso de máquinas agrícolas e o desenvolvimento de insumos químicos têm causado impactos diretos no meio social, uma vez que tem trocado a mão de obra humana pela maquinal, além da utilização em grande escala de agrotóxicos, o que gera questionamentos a respeito de seus efeitos na saúde do homem. Assim, o modelo agrícola das comunidades quilombolas pode ser tido como um ponto de resistência frente a o atual sistema do agronegócio. Essas comunidades prezam pelo trato natural e orgânico da terra, com trabalho realizado pelos familiares e pela própria comunidade. A observância dessas práticas tem se apresentado como um modo de efetivação do direito ao desenvolvimento sustentável, que desde a Constituição Federal brasileira de 1988 passa a ser um direito constitucionalmente garantido. O trabalho utiliza-se do método indutivo e de pesquisa etnográfica, analisando entrevistas semiestruturadas realizadas em comunidades quilombolas da cidade de Piratini/RS e conceitos formulados pela doutrina, além de legislação nacional e tratados internacionais.

**Keywords:** agricultural culture; Family farming; Traditional communities; Quilombolas; Sustainable development.

\* Graduando na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Bolsista de Iniciação Científica FAPERGS. Email: jefferso-ngalvao@hotmail.com; Tel: (053) 981578028; CV: <http://lattes.cnpq.br/9595438791533791>

\*\* Doutora em Direito pelas Universidades Pompeu Fabra e Girona. Professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito. Email: marciabertoldi@yahoo.com; Tel: (053) 981233740; CV: http://lattes.cnpq.br/2979973414270206

\*\*\* Graduada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Email: nathercia@outlook.com; Tel: (053) 981266972; CV: <http://lattes.cnpq.br/9618834148069041>

**Abstract:** Agriculture is an activity developed over the centuries, being responsible for ensuring food security for several human communities. However, with the technological development that has been occurring since the Industrial Revolution, this practice has undergone big changes. The use of agricultural machinery and the development of chemical inputs had a direct impact on social environment, since they exchanged human labor for the machine, generating a high rate of unemployment, besides the large scale use of agrochemicals, which raises questions about its effects on human health. Thus, the agricultural model of the quilombola communities can be seen as a point of resistance against the current agribusiness system. These communities value the natural and organic treatment of the land, this work is done by family members and the own community. The observance of the practices has become a way to the implementation of the right to sustainable development, since the Brazilian Federal Constitution, 1988, it becomes a constitutionally guaranteed right. This paper used the inductive method and ethnographic research, analyzing semi-structured interviews conducted in quilombola communities at the city of Piratini / RS, and used concepts formulated by the doctrine, in addition to national legislation and international treaties.

## 1 Introdução

O homem, desde os primórdios de sua história, mantém uma relação estreita com o manejo e o cultivo da terra. Os primeiros vislumbres de agricultura são datados do período Neolítico, onde essa se destaca juntamente com a criação de animais. Desde então, o trabalho agrícola tem crescido e ganhado uma importância econômica e social cada vez maior.

Essa atividade tem como principal intuito a manutenção da segurança alimentar, pois, ao se tornar sedentário e habitar uma mesma localidade, a exploração humana dos recursos disponíveis no território passa a torná-los escassos e, mediante o plantio, o homem acaba por ter controle sobre a produção de alimentos que terá disponível, cabendo-lhe gerir a quantidade que planta, colhe e armazena, cuidando sempre para separar o que poderá ser consumido e o que deverá ser reservado para o novo plantio.

Por meio desse controle sobre a produtividade alimentar foi possível ao homem ampliar suas comunidades, assim como expandir seus relacionamentos econômicos e culturais por outros ajuntamentos, realizando negociações de cunho mercantil, primeiramente se dando

por meio de escambos de culturas agrícolas, e, depois, com o desenvolvimento comercial, passando para as comercializações através de símbolos monetários.

De todo modo, a agricultura passou a se postar no mercado enquanto um dos seus principais pilares, uma vez que a produção industrial depende de matéria prima para produzir seus artigos. Assim, a rentabilidade no negócio agrícola passou a atrair o interesse de grandes donos de terra que acabaram por dominar o mercado, passando assim a surgir uma nova alcunha, o agronegócio. Apesar de os pequenos produtores se veem excluídos desse método de abordagem mercantil, eles tem encontrado novas perspectivas de participação social, cultural e comercial utilizando-se da agricultura.

Dentre esses grupos que resistem ao modelo do agronegócio, podem-se destacar as comunidades quilombolas. Essa coletividade mantém suas práticas e seus saberes tradicionais relacionados ao manuseio da terra ainda vivos, passando esses conhecimentos através das gerações por meio da oralidade. Suas práticas agrícolas prezam pelo trato natural e orgânico da terra, evitando sementes geneticamente modificadas e desvincilando-se de remédios e insumos químicos agropecuários, prezando sempre pela utilização de adubos orgânicos em harmonia com diversas outras práticas culturais, sociais e religiosas.

Nessa perspectiva, essas comunidades tradicionais são atores ativos na promoção do desenvolvimento sustentável, que é um direito constitucionalmente garantido no Brasil, além de fazer parte dos objetivos de diversos tratados internacionais. Assim, observam-se as práticas desse corpo social para que se possa captar sua influência na sustentabilidade.

O objetivo desse trabalho é analisar os saberes e conhecimentos agrícolas tradicionais das comunidades quilombolas, o modo como são aplicados e sua consonância com a natureza para que, com base nisso, se possam avaliar o modo que essas práticas influenciam e contribuem com a plena efetivação de um direito ao desenvolvimento sustentável, no intuito de preservar os recursos naturais para a posteridade.

O trabalho utiliza-se do método indutivo e da pesquisa etnográfica. Nesse sentido, analisará entrevistas semiestruturadas realizadas em comunidades quilombolas da cidade de Piratini/RS e conceitos formulados pela doutrina para entender como a cultura agrícola dessas comunidades contribui com a promoção do direito ao desenvolvimento sustentável.

## 2 A agricultura e seu desenvolvimento na sociedade

A labuta no solo e o cultivo do alimento geraram transformações profundas nas estruturas da sociedade. Economicamente, essa atividade tornou-se de vital importância para a manutenção do mercado de consumo. A importação e a exportação de matéria prima vegetal é um dos principais pilares da economia mundial. Dessa forma, o comércio agrícola, que sempre fora marcante, se impõe como um sustentáculo do atual modelo capitalista.

No âmbito social, o labor agrícola também gerou profundas alterações. Todo o processo da lavoura, desde o preparo do solo até a colheita, é árduo e longo. Em decorrência disso, sempre se mostrou mais vantajoso que se realizassem essas tarefas de forma conjunta, compartilhando entre os entes da família e da comunidade as obrigações decorrentes dessa atividade. Toda esta empreitada, além do escopo econômico e de subsistência, garantia a criação de laços comunitários entre os participantes desse trabalho conjunto. Esses vínculos são primordiais para uma formação e integração cultural da coletividade. É nessa perspectiva que se pode falar, em um primeiro momento, sobre cultura agrícola. Carlos Walter Porto-Gonçalves (2006, p. 208) evoca a origem da palavra cultura, proveniente do termo latino *colere*, remetendo a ideia de culto, cultivo, o que vem sistematicamente sendo esquecido pela maior parte dos agrônomos e técnicos em agricultura quando tratam da cultura do campo. Ainda, concede-nos esclarecimento sobre esse aspecto cultural Daniele Canedo (2009, s/n), quando afirma:

até o século XVI, o termo [cultura] era geralmente utilizado para se referir a uma ação e a processos, no sentido de ter “cuidado com algo”, seja com os animais ou com o crescimento da colheita, e também para designar o estado de algo que fora cultivado, como uma parcela de terra cultivada. A partir do final do século passado ganha destaque um sentido mais figurado de cultura e, numa metáfora ao cuidado para o desenvolvimento agrícola, a palavra passa a designar também o esforço despendido para o desenvolvimento das faculdades humanas.

De toda forma, a técnica agrícola, assim como os diversos segmentos sociais, passou por um grande desenvolvimento no decorrer das décadas, especialmente motivado pela evolução tecnológica. Conquanto, nem todo esse progresso pode ser celebrado. O trabalho, que anteriormente era realizado pela mão de obra humana, passa por um processo de maquinização, no qual se busca a celeridade e o aumento do lucro, transformando profundamente todos os procedimentos do trato da lavoura. Em detrimento dessas mudanças, a realidade do trabalhador rural se modifica, uma vez que perde sua fonte de renda primária para o trabalho maquinal. Porto-Gonçalves (2006, p.249) acredita que a expansão das fronteiras comerciais, baseada em uma complexa logística de transportes que contribui com a diminuição do preço dos produtos agrícolas, deixa de beneficiar uma importante parcela da população, uma vez que se baseia em uma estrutura socialmente injusta. As regiões dominadas pelo agronegócio

empregam pouca mão de obra e possuem uma grande concentração latifundiária, o que acaba tornando os ganhos econômicos unilaterais. No Brasil, essas mudanças causadas pelo maquinário rural impactam tanto na economia quando nas bases culturais do país. Assim:

Talvez a própria mudança de nomes de agricultura para agronegócio. Como gostam de chamar o setor os seus próprios protagonistas, indique onde está o problema. No Brasil, durante o mês de junho, ocorrem festas religiosas geralmente associadas à colheita, sobretudo de milho. A expansão do agronegócio pela região Centro-Oeste do país, ocupando suas chapadas, tem feito dessa região a maior produtora de milho do Brasil. [...] Ao que se sabe, nenhuma festa está associada às colheitas feitas com grandes máquinas e com tão poucos empregos no Centro-Oeste brasileiro, onde se vem jogando todas as fichas de um modelo de desenvolvimento no mais tradicional estilo moderno. (Porto-Gonçalves, 2006, p. 282)

Outrossim, o avanço das ciências biológicas e químicas, principalmente no campo da biotecnologia, suscitaram intensas alterações nos processos de plantio. O uso de sementes geneticamente modificadas e a produção e a utilização em larga escala de insumos químicos para o controle de doenças e pragas dominam o setor do agronegócio. Contudo, toda essa inovação laboratorial é muito recente para a história da natureza, não havendo ainda transcorrido tempo hábil suficiente para que se tenha certeza dos resultados que a inserção desses componentes produzidos vão gerar no meio ambiente em que forem inseridos e nos corpos dos seres humanos, muito embora boa parte das conjecturas e dos estudos primários sobre a temática mostrem efeitos desfavoráveis.

Em contrapartida a lógica do agronegócio e na perspectiva de renovar vínculos sociais e culturais, pode-se conceber com núcleo de resistência os grupos de agricultura familiar. Maria Wanderley (2000) traz a concepção dessa atividade entendida enquanto um ator social, uma vez que os pequenos produtores, muitas vezes de baixa renda, antes tidos como pobres do campo, são hoje percebidos como portadores de uma concepção outra de agricultura, diferente e alternativa à atividade latifundiária e patronal dominante no Brasil. A autora responsabiliza esse método agrícola pela

revalorização do meio rural como lugar de trabalho e de vida, que se expressa na retomada da reivindicação pela permanência ou retomo à terra. Esta "ruralidade" da agricultura familiar, que povoa o campo e anima sua vida social, se opõe, ao mesmo tempo, à relação absenteísta, despovoadora e predatória do espaço rural, praticada pela agricultura latifundiária, à visão "urbanocentrada" dominante na sociedade e à percepção do meio rural sem agricultores. (Wanderley, 2000, p.36)

A aplicação desse modelo de agricultura familiar tem se dado por parte de diversos grupos rurais e povos tradicionais em território sul-americano. No entanto, o propósito desse trabalho é avaliar as técnicas agrícolas de um desses povos de forma particular: os quilombolas.

### 3 Desenvolvimento sustentável enquanto direito juridicamente protegido

O conceito de desenvolvimento sustentável surge como uma resposta à utilização desenfreada dos recursos naturais, à inequidade social e ao crescimento econômico desenfreado. Nessa perspectiva, por exemplo, o impulso do crescimento econômico propiciado pela Revolução Industrial trouxe consigo a exploração e destruição de recursos naturais, bem como danos ao meio ambiente natural, que podem ser traduzidos como a contaminação à água e ao solo por rejeitos de minerais, a poluição do ar e o grande acúmulo de lixo. A maior preocupação do século XIX era baseada no crescimento das indústrias para atender a necessidade de consumo da população – que, por sua vez, acabara tornando-se cada vez mais urbanizada – sem maiores preocupações com a degradação ambiental, tampouco com a equidade social.

As discussões em torno da preocupação com o meio ambiente iniciam-se na década de 70, sobretudo com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano - a Conferência de Estocolmo, que veio a acontecer no ano de 1972, na Suécia. A noção de vulnerabilidade da natureza começa a ser exposta e pensada, de maneira que a Declaração de Estocolmo oferece princípios comuns como forma de nortear os países quanto à questão ambiental.

Em 1987, o Relatório da Comissão Brundtland foi publicado, intitulado Nosso Futuro Comum, o qual chamava a atenção para o uso em excesso dos recursos naturais, contrapesando com as possibilidades de finitude dos mesmos. O Relatório Nosso Futuro Comum (1991, p. 09) traz sobre desenvolvimento sustentável que “a humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável – de garantir que ele atenda as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem também as suas.”, tornando-se esse o conceito mais aceito de desenvolvimento sustentável até os dias de hoje.

O Relatório Nosso Futuro Comum (1991, p. 10) também chama a atenção para os altos padrões de produção e consumo vigentes à época e a necessidade de adequação da população

mais rica a um consumo mais responsável, de maneira que também haja recurso para que a população mais pobre possa se desenvolver, como pode se depreender da seguinte passagem

O atendimento das necessidades básicas requer não só uma nova era de crescimento econômico para as nações cuja maioria da população é pobre, como a garantia de que esses pobres receberão uma parcela justa dos recursos necessários para manter esse crescimento. [...] Para que haja um desenvolvimento global sustentável é necessário que os mais ricos adotem estilos de vida compatíveis com os recursos ecológicos do planeta – quanto ao consumo de energia, por exemplo.

Em 1992, a Agenda 21 nasce como documento resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92, na qual 179 países participaram e assinaram a Agenda 21 Global. Essa agenda contou com 40 capítulos, os quais induziam ao objetivo comum do desenvolvimento sustentável. (BRASIL, 1992).

Em seguida, a Rio +10 é realizada em Joanesburgo, na África do Sul, englobando além do desenvolvimento sustentável, aspectos sociais, como reduzir o número de pessoas que vive abaixo da linha de pobreza. Na sequência, a Rio +20 marcou os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, projetando os passos para o desenvolvimento sustentável nas próximas décadas. (ONU BR, 2017)

Em 2015, todos os países da ONU definiram os novos objetivos de desenvolvimento sustentável em Nova York, traçando coletivamente objetivos e metas cuja implementação deve ser feita entre 2016 e 2030, conhecida como conhecida como a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. (BRASIL, 2016).

No Brasil, o direito ao desenvolvimento sustentável também está previsto na Constituição Federal, artigo 225 quando este traz no seu caput que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

Esse conceito de desenvolvimento sustentável se assemelha com aquele produzido pelo Relatório da Comissão Brundtland ao lembrar que a utilização dos recursos naturais deve se dar de maneira que atenda não só o interesse das gerações presentes, mas que se dê de forma a garantir que as futuras gerações também possam ter acesso aos recursos naturais, garantindo a elas o direito de se desenvolver e usufruir dos mesmos. Além disso, reflete a preocupação com

a situação ambiental, ao passo que proporciona à comunidade a possibilidade e o dever da preservação ambiental.

A Constituição de 1988 traz inovação ao contemplar amplamente a proteção ambiental, uma vez que as constituições anteriores tinham sua preocupação pautada principalmente quanto ao patrimônio histórico e função social da propriedade. Édís Milaré (2011, p. 184) entende sobre o avanço ambiental da Constituição Federal Brasileira que

A Constituição de 1988 pode muito bem ser denominada “verde”, tal o destaque (em boa hora) que dá à proteção do meio ambiente. Na verdade, o Texto Supremo captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso conviver harmoniosamente com a natureza –, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. A dimensão conferida ao tema não se resume, a bem ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social – alcança da mesma forma inúmeros outros regramentos inseridos ao longo do texto nos mais diversos títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria.

É a partir da Constituição Federal de 1988 que são criadas diversas leis para regular a proteção ao meio ambiente em matérias específicas – como a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433 de 08.01.1997), Política Energética Nacional (Lei 9.478 de 06.08.1997) e a imputação de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (Lei 9.605 de 12.02.1998) – e assim consequentemente proporcionar o desenvolvimento sustentável, além da criação de órgãos específicos para tratar da matéria, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, criado em 1989, e o Ministério do Meio Ambiente, criado em 1993.

É fundamental entender que a evolução da preocupação global com o meio ambiente e a legislação vigente refletem a necessidade de alternativas concretas para reduzir a degradação ambiental. As formas já existentes de manejo sustentável da terra devem ser tratadas com um olhar mais atencioso, incluído um diálogo entre os saberes, que pode trazer a resposta para inúmeros problemas enfrentados quanto à questão ambiental. Leff (2008, p. 113 – 114) trata essa questão como racionalidade ambiental e propõe um diálogo e valorização da diversidade étnica e cultural na construção da sustentabilidade, como se depreende do seguinte trecho

La construcción de la sustentabilidad se orienta por una racionalidad ambiental fundada en principios de diversidad ecológica y cultural. Ello implica la integración de conocimientos, acciones y organizaciones diversos en una construcción colectiva que promueva espacios donde confluyen diferentes matrices de racionalidad, donde se encuentran diferentes culturas, dialogan diferentes saberes, y se intercambian experiencias y prácticas para el

desarrollo de procesos y proyectos compartidos. En este crisol de diversidades y comunalidades se expresa la democracia de la ciudadanía ambiental en defensa de la vida, de los diferentes territorios de vida y de cada ecosistema en el conjunto de la cuenca. Es una construcción colectiva que surge de una ética del cuidado de la naturaleza y un diálogo de saberes entre los actores sociales del desarrollo sustentable.

No Brasil, as práticas agrícolas das comunidades quilombolas contemplam o cuidado com a terra e o manejo sustentável. Esses saberes possuem fundamental importância na construção da organização coletiva como nova forma de diminuição dos impactos ambientais. Dessa forma, é necessário que haja o repensar racional de toda a sociedade, afim da construção de uma nova consciência coletiva, baseada no respeito ao próximo e abertura para as ideias e práticas sustentáveis que possam vir do outro.

### 3.1 Aplicabilidade das práticas agrícolas sustentáveis em comunidades quilombolas

A Secretaria Nacional de Políticas de promoção da Igualdade Racial (SEPIR) aduz sobre o território e a origem das comunidades quilombolas que

Comunidades quilombolas são grupos com trajetória histórica própria, cuja origem se refere a diferentes situações, a exemplo de doações de terras realizadas a partir da desagregação de monoculturas; compra de terras pelos próprios sujeitos, com o fim do sistema escravista; terras obtidas em troca da prestação de serviços; ou áreas ocupadas no processo de resistência ao sistema escravista. (Brasil, 2015)

As entrevistas etnográficas que dão aporte a esse trabalho foram realizadas junto às comunidades quilombolas da cidade de Piratini/RS, com o objetivo de identificar seus saberes tradicionais e como eles trabalham em conjunto na manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e na promoção do desenvolvimento sustentável.

Esse grupo, que mantém conexão contígua com seu território, encontra na agricultura a primeira forma de relacionar-se com esse. O trabalho agrícola, tanto no passado como atualmente, se apresenta com importante fonte de renda dessas famílias, além da produção para consumo familiar. Contudo, a aquisição de terras próprias ainda é historicamente recente, o que acarretava em um trabalho realizado de forma cooperativa entre as famílias negras que viviam na mesma região nas terras de algum grande proprietário, como narrado pela interlocutora da comunidade Nicanor da Luz:

Pesquisadora: Ah, olha só! Então, lá onde a senhora morava tinham várias famílias negras então.

Interlocutora: Quantia. Quase tudo era negro, no sacrifício, que a gente trabalhava todo mundo junto. A gente trabalhava na lavoura. Porque a gente só tinha a casa pra morar. A gente vivia plantando na lavoura dos outros que tinha mais, né? E a gente sempre foi uma comunidade que sempre se ajudava na lavoura. Capinava, plantar feijão, colher feijão, cortar trigo, cortar aveia, fazer carvão, assim, entendeu?

Pesquisadora: Faziam os trabalhos juntos, então?

Interlocutora: tudo junto, tudo junto.

Pesquisadora: Eram todos parentes ou não?

Interlocutora: Não, não tinha tudo parente não. Tinha uns quantos parentes, tu entendeu? Mas geralmente os que supriam nós, não eram nada nosso. Eram dos de Ávila. Eram os que tinham mais terra.

[...]

Interlocutora: Isso mesmo, eles eram tudo junto, são Farias também. Eles tinham mais terra, então davam pra gente. Tu derrubava a roça, tu aproveitava a lenha, tu fazia o carvão, e aproveitava a terra. Às vezes um ano tu passava por esse trabalho, né? E era maravilhoso. E a gente se reunia no fim de semana e ia uns quatro ou cinco pra lavoura e fazia isso.

Além do trabalho familiar e coletivo, uma atitude recorrente dentro da comunidade é a recusa na utilização de agrotóxicos em suas plantações. Diversos interlocutores afirmam utilizar-se apenas de adubos naturais e orgânicos, geralmente de produção caseira. Isso decorre de uma percepção interna ao grupo, sem realização de qualquer experimentação científica formal, de que a utilização de insumos químicos em suas lavouras as contamina e, por conseguinte, geram malefícios à saúde humana. Observa-se esse comportamento no relato do interlocutor da comunidade Rincão do Couro:

Pesquisadora: E o senhor usa algum veneno hoje, nada?

Interlocutor: Não, eu sou contra o veneno, vou botar veneno naquilo que eu vou consumir? Não. Se deu alguma praga ali que eu não possa combater o que sobrar é meu, mas veneno não, vou botar veneno pra mim mesmo consumir? Não. Hoje tudo que nós comemos que vende vem envenenado. Tudo a base de veneno.

Assim, para tratar das doenças e pragas recorrentes nas lavouras, esses trabalhadores respaldam-se em práticas e saberes de seus antepassados, utilizando-se de artifícios naturais e em comunhão com a natureza. Desse modo, cada grupo familiar detém algum método particular de trato agrícola, contabilizando uma diversidade de produtos e técnicas utilizadas como remédios naturais, inclusive a própria fé religiosa é uma via preventiva de pragas, como é narrado pela interlocutora da comunidade Nicanor da Luz:

Pesquisadora 1: [...] que cuidados vocês tinham com essa terra deles? Como vocês trabalhavam com essa terra no sentido de cuidar das pragas que podiam atacar?

Interlocutora 1: Graças a Deus a gente tinha o divino. O divino, minha filha, que a gente fazia promessa pra inseto nenhum entrar na lavoura. Quando a gente lavrava ou fosse cavar, porque geralmente a gente não tinha

as condições de ter o arado, se tinha o arado, tu não tinha ponta pra botar no arado e não tinha como comprar e tu sabe o que a gente fazia? A gente se reunia e cavava de enxada e ciscava com os ancinhos tudo prontinho, daí vinha as pessoas mais velhas e faziam um protesto assim ô, juntavam 8 ou 9 pessoas e pegavam o divino e entravam na lavoura. Que inseto nenhum fosse invadido aquela alimentação, e só o que me atingia era formiga, mas graças a Deus...

Pesquisadora 2: Esse divino que a senhora diz era alguma imagem?

Interlocutora 1: Não, ele é um pano...

Interlocutora 2: É a bandeira do divino.

Interlocutora 1: É a bandeira do divino e tem uma pombinha.

Pesquisadora 1: Não é a função do espantalho?

Interlocutora 2: Tem a procissão do divino, que eles faziam na lavoura, pelo que eu tô entendendo.

Pesquisadora 2: Não, não ficava lá, eles faziam um ritual na lavoura.

[...]

Pesquisadora 2: Só deixa eu recuperar um pouco. Vocês pegavam a bandeira do divino, num grupo e davam a volta na lavoura ou só entravam na lavoura?

Interlocutor 1: Não, dava uma volta na lavoura. Nós entrava na lavoura, tudo tinha lado antigamente. Nós entrava pelo lado direito e saía pelo lado esquerdo. Todo mundo rezando Pai Nosso, Ave Maria, Santa Maria.

Destaca-se também que esse tipo de produção preza mais pela subsistência do que pelo lucro, preservando as formas de cultivo da terra passadas de geração para geração, nas quais percebemos que é importante que o alimento produzido seja de qualidade e não que se obtenha apenas grande quantidade. Na entrevista a seguir, dada por um casal de interlocutores da Comunidade do Rincão do Couro (Piratini-RS), é contado como se dava o cuidado com as sementes do milho e o não uso de agrotóxicos:

Interlocutores: Despejava o saco de trigo tudo ali dentro, depois pegava bastante folha de eucalipto e botava por cima. Botava uma camada de folha de eucalipto, e outra camada de trigo, e ia botando. Não dava o orgulho no trigo...

Pesquisadora: Não dava o...?

Interlocutora: Vergulho.

Interlocutor: Que é o tal bichinho que fura o trigo, depois vai plantar, não nasce.

Interlocutora: Não dá pra plantar.

Interlocutor: Planta e não nasce.

Pesquisadora: Essa era a maneira de cuidar da semente do trigo?

Interlocutora: Era o remédio que botava, era esse aí, no trigo. Naquele tempo não usavam remédio [químico].

Interlocutor: Naquele tempo não usavam veneno.

O não uso de agrotóxicos não é algo novo, mas os produtos cultivados de maneira mais natural, ou seja, com técnicas menos nocivas ao meio ambiente e à saúde, e com menor uso de produtos químicos, tem sido cada vez mais procurados pela população em geral. Porto-Gonçalves (2006, p. 266) faz uma interessante crítica reflexiva ao uso dos pesticidas:

[...] Observe-se, logo de início, que o uso da palavra *defensivo* procura inverter o significado, e aquele que é acusado de agressor do meio ambiente procura ser visto como defensor. O mais interessante é que o uso da expressão *defensivo agrícola* revela a lógica de guerra que subjaz a essas práticas e, por isso, precisa... defender-se. A pergunta que se poderia colocar é: defender-se de quem? Na verdade, a lógica de guerra de *combate* às pragas, *combate* aos insetos, *combate* às ervas daninhas, *combate* às pestes implica que há que se matar o inimigo, e para isso *inseticidas*, *herbicidas*, *pesticidas*, *praguicidas*, entre outros produtos que matam e, sabemos, não só insetos, pragas, ervas daninhas, mas também pessoas, plantas, peixes e outros animais. *Combater* e *matar* são, assim, parte de uma lógica técnico-produtiva que se funda na ideia de *dominar*, e mais numa relação *contra* a natureza do que numa relação *com* a natureza, como sugerem a agroecologia e a agricultura orgânica, como é comum a várias culturas indígenas, camponesas e de outras matrizes de racionalidade não ocidentais, que a racionalidade econômica mercantil procura desqualificar como improdutivas.

O mesmo entrevistado (Rincão do Couro), que ainda resiste ao pensamento científico, à sedução das empresas de sementes quimicamente tratadas e o derivado uso de defensivo agrícola, bem como o sentido de que tudo é infinito, desde a caça, nos relata, respectivamente:

Pesquisadora: O senhor usa algum tipo de veneno hoje?  
 Interlocutor: Não, eu sou contra veneno, vou botar veneno naquilo que eu vou consumir? Não. Se deu alguma praga ali que eu não possa combater o que sobrar é meu, mas veneno não. Vou botar veneno pra mim mesmo consumir? Não. Hoje tudo que nós comemos que vende vem envenenado. Tudo à base de veneno.  
 Pesquisadora: Então o senhor aprendeu com seu pai que tem de preservar?  
 Interlocutor: Preservar os bicho, o período que os bicho tão com filhote, que tão solto.  
 Pesquisadora: Aí ele ensinava o senhor o período de cada bicho?  
 Interlocutor: Exatamente, não pode matar o bicho com filhote, porque como é que vai aumentar, se eu matei? Vai terminar uma hora.

Além da consciência de que a natureza precisa de tempo para que possa reproduzir-se, o interlocutor ainda explana a respeito do trato natural de doenças das lavouras. Com a inexistência de agrotóxicos no passado, foram desenvolvidas práticas diversas para solucionar essas problemáticas. Esses atos permanecem sendo aplicados até hoje, como alternativa aos remédios químicos agropecuários, como aponta

Pesquisadora 1: Mas tinha benzimento então, pra ferrugem?  
 Interlocutor: Tinha. Ou se não, não vou dizer que seja uma benzedura, mas é como uma simpatia, botou a ferrugem numa lavoura de feijão, pega uma lata velha dessas aí, leva, larga lá no meio, a ferrugem vai toda pra lata. Essa é a simpatia.  
 Pesquisadora 2: E vocês faziam isso?  
 Interlocutor: É, a gente faz. Tudo que agente sabia pra evitar tal coisa vamo fazer. E o trigo se der ferrugem ele xoxa tudo, murcha o grão.  
 Pesquisadora 1: Então a ferrugem era...  
 Interlocutor: Uma doença.  
 Pesquisadora 1: A lata enferrujada ou senão a benzedura.  
 Interlocutor: É uma benzedura."

Nesta senda, a observância das práticas costumeiras dessas comunidades apresenta-se como um ator direto nos modos de desenvolvimento sustentável, insurgindo-se como alternativas possíveis ao atual modelo de agronegócio. Uma reforma no costume agrícola rural moderno para adaptar e captar esses conhecimentos tradicionais, na medida em que forem possíveis de serem aplicados, assim como o intercâmbio de conhecimentos entre esses povos tradicionais se apresenta como uma opção possível para uma efetiva aplicabilidade do direito ao desenvolvimento sustentável.

#### 4 Considerações Finais

O conhecimento e reconhecimento das comunidades tradicionais e de seus saberes locais, seus modos de interação cultural e suas práticas sustentáveis são fundamentais para que se possam desenvolver novas perspectivas para o manejo dos recursos naturais em harmonia com as exigências do mercado, uma vez que a prática mercadológica atual voltada para a agricultura tem mostrado claros sinais de ineficiência tanto na preservação do meio ambiente quando na conservação das redes sociais e culturais do meio rural.

As comunidades quilombolas, tanto no passado quanto no presente, mantem vivas suas práticas agrícolas tradicionais, que se passam pela oralidade através das gerações, num processo que não envolve pesquisas científicas nos moldes formais utilizados pela sociedade acadêmica, e sim por um processo manual de trato com o solo, o manejo dos recursos da natureza que se encontram disponíveis aos seus arredores, a utilização desses recursos através de tentativas para que se chegue a uma definição de suas utilidades.

Esse arcabouço de saberes locais por muito tempo foi ignorado e invisibilizado pelos conhecimentos científicos tradicionais. Entretanto, aos poucos a sociedade tem tomado conhecimento da importância dessas práticas. A cada dia cresce mais a procura por alimentos de origem orgânica, que não sejam produzidas com sementes geneticamente modificadas e que não sejam tratados através de agrotóxicos.

Dessa forma, também se parte a ideia de divisibilidade e diferenciação entre rural e urbano. Este, que passava uma imagem de independência, desenvolvimento e rapidez, em decorrência daquele, que seria considerado limitado, atrasado e estagnado, agora passa a dissociar-se dessas alcunhas pré-estipuladas. A cidade cada vez mais procura o rural, seja como escapatória do ambiente repleto de poluição, seja em busca de suas produções mais naturais

para trazerem para suas casas em substituição aos industrializados e enlatados que permeiam os supermercados.

O desenvolvimento sustentável, então, passa a não ser apenas um direito constitucionalmente previsto, mas uma possibilidade de reformular o modo como a agricultura tem se projetado na sociedade, buscando uma forma de harmonizar os interesses sociais com a conservação e manutenção dos recursos naturais para as gerações futuras.

## 5. Referências

BRASIL. **Secretaria Nacional de Políticas de Promoção de Igualdade Racial**, 2015. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/programa-brasil-quilombola>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda 21**, 1992 Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores, 2016. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/135-agenda-de-desenvolvimento-pos-2015>>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

CANEDO, Daniele Pereira, “Cultura é o que?” – Reflexões Sobre o Conceito de Cultura e a Atuação dos Poderes Públicos. In: **V ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**, Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvo-Bahia-Brasil. Disponível em <<http://www.cult.ufba.br/enecult2009/19353.pdf>> Acesso em 13 de abril de 2017.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E. DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentables**. México : Siglo XXI Editores, p. 272. 2008.

MACEDÔ, Rayana Garcia de. **Quilombolas e desenvolvimento sustentável: análise a partir da comunidade Capoeira dos Negros (Macaíba/RN)**. 2014. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Programa Regional de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em <[https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/18258/1/RayanaGM\\_DISSERT.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/18258/1/RayanaGM_DISSERT.pdf)> Acesso em 29 de julho de 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina, jurisprudência, glossário – 7ª ed. Ver., atual. E reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ONU BR – Nações Unidas no Brasil. **A ONU e o Meio Ambiente**, 2017. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter, **A Globalização da Natureza e a natureza da Globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

WANDERLEY, Maria de Nazareth Baudel, A valorização da agricultura familiar e a reivindicação da ruralidade no Brasil. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 2. p. 29-37.jul. Idez. Editora da UFPR. 2000.

## A EFICÁCIA DA RETALIAÇÃO CRUZADA NA OMC E O CONTENCIOSO DO ALGODÃO (US-UPLAND COTTON)

*Gabriela Marques de Almeida\**

**Palavras-chaves:** Organização Mundial do Comércio; Mecanismo de solução de controvérsias; Retaliação Cruzada; US-Upland-Cotton.

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é apresentar uma breve análise da eficácia da retaliação cruzada no Mecanismo de solução de controvérsias (MSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Em especial, propõe-se investigar esta ainda muito pouco utilizada ferramenta de coação que visa o cumprimento de decisões proferidas pela OMC como uma possível solução para a assimetria de poder nesse sistema de resolução de conflitos. Ou seja, apura-se a importância da autorização da retaliação cruzada em disputas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento como forma dos últimos apresentarem uma ameaça grave e crível aos primeiros. Para isso, parte-se, primeiramente, para uma análise geral da questão do sistema de solução de conflitos na OMC e das hipóteses que autorizam a retaliação cruzada. Posteriormente, verifica-se como esse mecanismo vem sendo tratado na teoria e porque muitos autores o consideram como uma solução para países em desenvolvimento. Por fim, foca-se em um dos três casos em que tal medida já foi aprovada pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Trata-se do contencioso do Algodão (US-Upland Cotton), no qual figuram como partes o Brasil e os Estados Unidos. Nesse conflito observa-se que a ameaça da retaliação cruzada pôde ser utilizada com sucesso a favor de um país com menor peso no cenário econômico internacional.

**Abstract:** The aim of this paper is to present a brief analysis of the effectiveness of cross-retaliation in the Dispute Settlement Body (DSB) of the World Trade Organization (WTO). In particular, it proposes an investigation on this still little used tool of coercion that aims to induce compliance as a possible solution for the asymmetry of power in the DSB. In other words, it explores the importance of authorizing cross-retaliation in the case of disputes between developed and developing countries as a way of presenting a serious and credible threat to the former. To this end, it focuses firstly on a general analysis of the WTO's dispute settlement

\* Bacharelada do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Email: [gabrielaalmeida42@gmail.com](mailto:gabrielaalmeida42@gmail.com). Telefone: (48) 999234212.

system and the situations that authorize cross-retaliation. Then, the historical theorization of this mechanism is studied and why many authors consider it to be a solution for developing countries. Finally, it concentrates on one of the three cases where such a measure has already been approved by the DSB. It is the US-Upland Cotton case between Brazil and the United States. In this conflict it can be observed that the threat of cross-retaliation was successfully used in favor of the economically weakest country in the dispute.

### 1 Introdução

A retaliação cruzada é um mecanismo utilizado em algumas situações pela OMC para dar eficácia às decisões proferidas por seu Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC). Consiste, grosso modo, em permitir que países membros suspendam concessões ou obrigações de um acordo como forma de incitar o cumprimento das decisões pelo país perdedor. A suspensão ocorre em acordos diversos dos desrespeitados inicialmente no litígio.

Ela tem particular importância em casos que envolvem países com uma diferença considerável de poder econômico. Isso porque as retaliações que envolvem a mesma área e o mesmo acordo têm na maioria das vezes efeitos perversos para a economia do país mais vulnerável. Assim, o mecanismo aqui tratado surge como uma forma de fornecer uma ferramenta mais poderosa aos países em desenvolvimento já que estes podem retaliar em setores essenciais dos países desenvolvidos, como no âmbito da propriedade intelectual.

Tendo em vista essa discussão, o presente artigo tem como fulcro a análise da retaliação cruzada dentro do MSC da OMC e da sua real eficiência em servir como um instrumento para países em desenvolvimento em disputa com os desenvolvidos.

Desse modo, observa-se primeiramente como funciona o sistema da OMC de solução de controvérsias e quando é possível utilizar-se da retaliação cruzada. Em seguida, constata-se os benefícios e desafios que a retaliação cruzada alcança dentro do cenário internacional. Será trazido ainda à discussão o caso US-Upland Cotton entre Estados Unidos e Brasil, a fim de ilustrar como o instrumento é utilizado na prática e destacar a importância da disputa para a história da retaliação cruzada na OMC.

Por fim, poderá se observar que tal contramedida não consegue ser benéfica a todos os países em desenvolvimento e possui vários desafios para sua plena implementação. Contudo, constitui um instrumento essencial que fornece legalmente a possibilidade de um maior poder

de negociação a países com comércios menos desenvolvidos, criando um risco efetivo aos mais desenvolvidos.

## 2 O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC E A RETALIAÇÃO CRUZADA

A Organização Mundial do Comércio foi criada em 1995 e mesmo sendo uma jovem organização, é hoje uma das mais influentes nos atuais tempos de globalização econômica. Sua origem remonta ao antigo GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) de 1947, tratado que, na falta de outra organização, operava como uma organização internacional *de facto* (BOSSCHE, 2005, p. 76-77). Esse acordo foi um grande sucesso tanto quantitativa quanto qualitativamente, já que teve grande adesão internacional e conseguiu uma significativa liberalização comercial, reduzindo vários entraves comerciais entre os países-membros.

Todavia, o GATT foi criado com alguns “defeitos de nascimento” quais sejam: (i) a falta de carta concedendo-lhe personalidade legal e estabelecendo seus procedimentos e estrutura organizacional; (ii) seu caráter de aplicação “provisória”; (iii) o fato de seu Protocolo de aplicação provisória permitir que membros mantivessem legislações conflitantes com o GATT; e (iv) a confusão e ambiguidade sobre a autoridade do GATT, sua habilidade de tomar decisões e seu status legal (MATSUSHITA; MAVROIDIS; SCHOENBAUM, 2006, p. 3).

Por estes problemas e outros encontrados durante a época de atividade do GATT, a ideia de criação de uma Organização Mundial do Comércio começou emergir. A OMC foi criada finalmente com o fim da Rodada Uruguai, como explica Renata Vargas Amaral:

Na Conferência de 1994 de Marrakesh chegou-se ao fechamento da Rodada do Uruguai, iniciada em 1986 em Punta del Este. Entre os resultados mais importantes da rodada estavam, obviamente, a instituição da OMC - assinada por 129 países -, assim como a realização de uma redução considerável de tarifas de produtos industriais. O Acordo de Marrakesh criou a OMC englobando o GATT e todos os acordos e negociações concluídas sob sua tutela com as modificações feitas pela Rodada Uruguai, bem como os resultados completos daquela Rodada (AMARAL, 2012, p. 60).

Portanto, com a criação da OMC, adveio uma das suas principais inovações em relação ao GATT: um sistema de resolução de controvérsias o qual representa um forte pilar da instituição e um dos mais importantes tribunais a nível internacional. O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC funciona como uma corte de comércio internacional, onde existe jurisdição compulsória, as disputas são resolvidas em sua maioria pela aplicação de regras

legais, as decisões são obrigatórias para as partes e sanções podem ser aplicadas se as decisões não forem cumpridas (MATSUSHITA; MAVROIDIS; SCHOENBAUM, 2006, p. 104).

Segundo Victor Luiz do Prado, três características básicas são responsáveis pela eficácia do OSC: abrangência, automaticidade e exequibilidade, as quais são resultados do aperfeiçoamento das normas criadas durante o desenvolvimento e codificação de regras sobre solução de controvérsias do GATT. Primeiramente, sobre seu caráter de abrangência, este tem duplo sentido, pois não apenas todos os acordos da OMC estão cobertos pelo mecanismo, mas também este é o único mecanismo da OMC, não havendo a possibilidade de *fórum-shopping*. Já a automaticidade surge da regra do consenso negativo, a qual determina que, salva a altamente improvável hipótese de todos os membros do OSC concordarem em não tomar determinada decisão, esta é automaticamente adotada. Desse modo, as fases do mecanismo se sucedem automaticamente, só podendo ser interrompido pela hipótese de acordo mútuo das partes em litígio. Finalmente, no tocante à característica de exequibilidade, esta representa o ponto forte da OMC. Isto porque, verificando-se o descumprimento de uma decisão do OSC, o membro demandante poderá solicitar autorização para retaliar, isto é, bloquear concessões e vantagens comerciais de que o membro faltoso desfruta em consequência dos acordos da OMC (PRADO, 2002, p. 266).

O procedimento aplicado nesse mecanismo inicia-se com uma fase de composição do litígio, isto é, antes de entrar no OSC os membros têm que passar por uma fase de negociações para tentar compor um acordo mutuamente benéfico. Isto está proposto no artigo 3.7 do ESC (Entendimento de Solução de Controvérsias) (OMC, 2012, p.4).

Em seguida, inexistente a composição, o membro demandante deve requerer ao OSC que este estabeleça um painel para o litígio. Os painéis são normalmente compostos de três pessoas, conforme o art. 8.5 do ESC (OMC, 2012, p.10), salvo se as partes concordarem, no prazo de 10 dias depois do estabelecimento do painel, com uma composição de cinco panelistas.

Sobre a importância desses painéis, leciona Renata Vargas Amaral:

Os painéis estão presentes no sistema de solução de controvérsias para assistir o OSC no cumprimento com suas responsabilidades, sob o Entendimento e sob os acordos cobertos pela OMC. Essa é a razão pela qual o painel deve fazer uma prévia apreciação objetiva dos fatos. Ao assistir o OSC, os painéis farão recomendações e estabelecerão regras de acordo com acordos cobertos (AMARAL, 2012, p. 86).

Com efeito, os painéis submetem suas conclusões e recomendações por meio de um relatório enviado ao OSC. Esse documento será enviado a todos os membros do conselho geral da OMC e sua adoção é praticamente automática, tendo em vista a regra do consenso negativo.

Uma grande novidade ao cenário internacional trazida pelo Mecanismo de resolução de controvérsias da OMC é a possibilidade de apelação consagrada no artigo 17.1 da ESC (OMC, 2012, p.17). Diferentemente dos painéis, que são órgãos *ad hoc*, o Órgão de Apelação é um tribunal permanente internacional. Ele é composto por sete membros os quais não podem ser afiliados a qualquer governo, indicados para um mandato de quatro anos. Esse órgão tem o poder de segurar, modificar ou reverter qualquer conclusão ou interpretação adotada pelo painel (OMC, 2012, p.19).

Posteriormente, tem início a fase de implementação da decisão. No prazo de 30 dias da data de adoção do relatório de um painel ou do Órgão de Apelação, a parte perdedora tem que informar ao OSC se aceita a implementação das decisões proferidas. Essas partes tem que obedecer às recomendações dadas em um “período razoável”, conceito determinado pelo art. 21.3 do ESC (OMC, 2012, p. 21-22).

Se as partes perdedoras deixarem de obedecer à decisão do OSC, duas sanções específicas são autorizadas: compensação ou retaliação. Ambas as sanções são temporárias e não são substitutas à implementação de uma recomendação da OMC. A primeira opção consiste em concessões comerciais feitas pela parte perdedora à parte ganhadora como substituto à manutenção da disputa. A compensação é voluntária e depende do acordo das partes. Se nenhuma compensação é acordada entre as partes, a parte ganhadora pode requerer autorização para retaliar.

A segunda opção é então a da retaliação, ou seja, da suspensão de concessões ou obrigações. A retaliação deve ser feita na medida da nulidade ou dano em questão. Existem três tipos de retaliação: a retaliação paralela, a qual suspende concessões que dizem respeito ao mesmo setor econômico em que a nulidade ou dano foi achado; a retaliação cruzada por setor, em que a suspensão de concessões ocorre em um setor diferente do mesmo acordo; e a retaliação cruzada por acordo, chamada também só de retaliação cruzada, na qual a suspensão de concessões é feita em um acordo diverso. Insta salientar que a opção preferida é a retaliação paralela, sendo as outras usadas somente se a primeira opção não for praticável ou eficaz (MATSUSHITA; MAVROIDIS; SCHOENBAUM, 2006, p.119-120).

Porém, inobstante o fato desse sistema de solução de controvérsias, com as explicadas sanções, ser eficiente na prática e na maioria dos casos, não são poucas as críticas às contramedidas adotadas. De fato, Renata Vargas Amaral comenta:

As contramedidas apresentadas atualmente pelo ESC são de má política. Seu cumprimento é considerado um problema ainda maior, uma vez que os membros da OMC que podem pagar o preço da violação, não serão

responsabilizados pelo dano causado às vítimas de suas ações. De fato, em 2000 Pascal Lamy (na época o comissário responsável por assuntos relacionados ao comércio internacional na Comunidade Europeia), deu uma entrevista onde declarou que: “desde que se pague a penalidade, alguém pode sair como está” (AMARAL, 2012 p. 100-101).

Além disso, há de se considerar a diferença de poder econômico dos membros da OMC. Isso porque a aplicação da retaliação por países em desenvolvimento acaba prejudicando a estes mesmos. Com efeito, Andrew Mitchell e Constantine Salonidis explicam que a retaliação convencional poderia criar um efeito bumerangue em mercados com baixa capacidade produtiva e significante dependência econômica, já que o aumento nas tarifas pode fazer com que produtos fiquem mais caros, consumidores nacionais sejam forçados a optar por provedores alternativos, investimento direto estrangeiro seja dirigido a outro país, desemprego aumente e os mantimentos sejam reduzidos, enquanto exportadores continuem a sofrer as medidas protecionistas que geraram a disputa (MITCHELL; SALONIDIS, 2011, p. 462-463).

### 3 AS OPORTUNIDADES E DESAFIOS DA RETALIAÇÃO CRUZADA

Todo esse cenário faz com que os países litigantes, especialmente aqueles menos avantajados economicamente, tenham que pensar em formas de induzir o cumprimento pela parte adversária de forma mais eficiente e sem efeitos tão nefastos a sua economia. E é nesse momento que muito é refletido sobre a retaliação cruzada, já que esta permite aos países vencedores uma maior discricionariedade para retaliarem em acordos diversos e que afetem mais efetivamente os países perdedores sem prejudicar os primeiros.

A previsão para esse tipo de sanção está no artigo 22.3(c) do ESC (OMC, 2012, p. 24), o qual, por sua vez, preconiza que se a parte considera que a suspensão de concessões ou obrigações no mesmo acordo não é praticável ou efetiva e que as circunstâncias são suficientemente sérias, pode ela suspender concessões ou obrigações previstas em outro acordo da OMC. Logo, demonstrando satisfatoriamente que o país demandante não tem capacidade de arcar com os custos e consequências das sanções impostas envolvendo um mesmo acordo, é possível pleitear a suspensão envolvendo outro acordo.

Em especial a retaliação cruzada envolvendo o TRIPS, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, pode trazer mais eficácia ao mecanismo, já que os países desenvolvidos são os principais defensores dos direitos da propriedade intelectual e se sentiriam mais afetados com uma investida contra esses direitos. Ademais, a propriedade intelectual faz parte de um enorme setor econômico que envolve

poderosas empresas farmacêuticas, entretenimento e tecnologia, as quais, se impactadas, iriam muito provavelmente fazer grande pressão política no país retaliado para que este cumprisse a decisão da OMC. Portanto, a retaliação por parte de um país em desenvolvimento teria maior chance de sucesso se atacasse essa área comercial de um país desenvolvido.

Apesar de ser aparentemente muito vantajoso, até hoje entre os vários casos na OMC, apenas em três deles esse mecanismo foi aplicado: No caso *EC-Bananas III* do Equador contra União Europeia; no caso *US – Gambling*, Antígua e Barbuda contra EUA; e no caso *US – Upland Cotton*, Brasil contra EUA. Isso porque a retaliação cruzada é realmente a *ultima ratio* no sistema de contramedidas e a sua aplicação em propriedade intelectual gera várias críticas.

Com efeito, ao tratar do caso *Bananas*, um dos três casos contenciosos da OMC, onde o mecanismo da retaliação cruzada foi utilizado, Petros C. Mavroidis afirma:

O Equador, ao tomar contramedidas junto ao TRIPS, realizou duas coisas: Por um lado, “atingiu” a Comunidade Europeia em produtos em que lucros são bastantes substanciais (desde que protegidos pelos direitos de propriedade intelectual); por outro lado, criou um risco que o TRIPS poderia se tornar como a área preferida para os países em desenvolvimento para empreender ações retaliatórias contra os países desenvolvidos. Talvez seja este último risco – vamos chamá-lo de risco “institucional”- que pode se comprovar efetivo. Os membros desenvolvidos da OMC são os *demandeurs* no contexto do TRIPS e qualquer esforço para solapar o alcance do acordo TRIPS não será facilmente tolerado pelos *lobbies* internos conectados com o TRIPS em Bruxelas e em Washington DC (MAVROIDIS, 2003, p.311- 312).

Assim, é evidente que a retaliação cruzada é ainda de difícil e limitada aplicação, porém ela exerce um papel importante, pois abre uma possibilidade legal para conceder maior poder aos países em desenvolvimento. Em resumo, Daniel do Amaral Arbix e Abrão Árabe Neto elaboram sobre a vantagem trazida por esse mecanismo particular:

Nesse sentido, a retaliação cruzada tem a vantagem de otimizar os elementos de prevenção e de retribuição das sanções da OMC, pois ocasiona dano comercial efetivo ao Membro transgressor (cujas empresas não podem simplesmente desviar sua produção, como ocorreria no caso de retaliação por meio de tarifas), incitando-o ao cumprimento das normas da OMC e atuando como exemplo e intimidação para os demais Membros. Se o cumprimento das normas for induzido com sucesso pela efetivação das sanções, a autorização para retaliação cruzada cumpre sua finalidade precípua de valorização do sistema multilateral de comércio, fim este distinto das próprias sanções (ARBIX; NETO, 2008, p. 761).

De fato, tendo a retaliação cruzada essa finalidade de combater as chamadas *power politics* do sistema econômico internacional, muitos autores se empenharam a teorizar sobre suas vantagens e benefícios. Novamente, o foco principal sempre é na retaliação cruzada envolvendo

o TRIPS, já que é no campo de propriedade intelectual que o cenário mais positivo para países em desenvolvimento é concebido já que o risco para os países desenvolvidos é efetivo.

Frederick Abott, um dos principais autores na área, alega que como consequência das assimetrias do poder econômico, para muitos países em desenvolvimento a suspensão de concessões no TRIPS pode ser o único mecanismo prático para induzir o cumprimento dos países desenvolvidos. Em seu artigo, ele faz uma análise detalhada sobre o uso do mecanismo em cada categoria de propriedade intelectual que compõe o TRIPS e traz sugestões concretas para os membros da OMC que consideram essa opção (ABBOTT, 2009, p.38).

Contudo, mesmo com uma visão positiva da doutrina sobre esse instrumento de sanção, na prática a retaliação cruzada também é um medida extrema cuja implementação é complexa e custosa. Verifica-se, segundo Henning Grosse Ruse-Khan, que para o sucesso da medida, em especial quando se trata de Propriedade Intelectual (PI), é necessário que a retaliação seja economicamente possível, isto é, é preciso que exista (i) um mercado doméstico suficientemente grande pra consumir produtos fabricados na suspensão de direitos de propriedade intelectual ou maneiras legais para exportá-los; (ii) capacidade técnica e know-how para produção rápida e em larga escala desses produtos; e (iii) mecanismos para prover segurança e certeza aos produtores privados de que não serão prejudicados ao não respeitarem os direitos de PI (RUSE-KHUN, 2008, p. 9). Ademais, é preciso que o país tenha o mínimo de representatividade comercial para que a retaliação cause algum dano ao país retaliado. Um pequeno país com um mercado muito reduzido não conseguirá criar problemas econômicos palpáveis a grandes potências econômicas.

Deste modo, observa-se que a retaliação em si é problemática e difícil de ser executada pelo país demandante, bem como pode causar várias dificuldades tanto em sua economia interna quanto externa. Portanto, seria prudente evitá-la até que sua utilização seja possível, imprescindível e que se possa arcar com as consequências.

De outro lado, muitos autores concordaram que a retaliação cruzada não necessariamente tem sua vantagem atrelada a sua efetiva aplicação, mas sim a sua utilização como ameaça a países desenvolvidos. Ou seja, esse mecanismo é mais benéfico quando se torna uma ameaça que não venha a ser realmente implantada, mas sim que possibilite um poder de persuasão em negociações mais eficaz para o país em posição mais precária.

Com efeito, tal concepção pode ser confirmada na prática, uma vez que a ameaça de retaliação já foi utilizada com sucesso no caso *US-Upland Cotton* o qual vai ser trabalhado no próximo capítulo.

Todavia, para que a retaliação cumpra esse papel de nivelar as negociações entre países com grande diferença de poder econômico, é necessário que o país em desenvolvimento seja capaz de criar uma ameaça que seja crível e provável, ou seja, que realmente demonstre ao país adversário que está pronto para tomar as medidas para iniciar as suspensões comerciais.

Nesse ponto fica claro que países com economias muito pequenas não conseguiriam dar credibilidade a uma ameaça do tipo, tendo em vista a clara incapacidade que seus mercados teriam para suportar os efeitos negativos que resultariam da retaliação cruzada.

Percebe-se aí uma clara inconsistência desse instrumento. Ao mesmo tempo em que é celebrado como um mecanismo para nivelar as assimetrias de poder da OMC, não consegue alcançar os países mais desvantajados. Neste tópico, Siyu Ye afirma que ainda prevalece a impressão de que os países em desenvolvimento não são destinados a implementar a retaliação cruzada considerando a pressão política que pode surgir e a ameaça de “retaliação contra retaliação” dos países desenvolvidos (YE, Siyu, 2012, p.34).

#### 4 O CONTENCIOSO DO ALGODÃO – US-UPLAND COTTON

Nesse tópico, trata-se especificamente do mais recente caso em que o OSC autorizou um membro da OMC a utilizar a retaliação cruzada em uma disputa. Verifica-se que este foi o caso em que o instrumento de sanção foi utilizado de forma mais eficiente, já que somente sua ameaça foi o ponto chave para a negociação de um acordo entre as partes.

O caso US-Upland Cotton (DS 267) iniciou-se em 3 de outubro de 2002 quando o Brasil requisitou consultas no MSC sobre os subsídios para a produção agrícola de algodão nos Estados Unidos. Em resumo, o Brasil alegava que os subsídios fornecidos pelo governo americano, os quais incluíam garantias de créditos de exportação e concessões de empréstimo, violavam as obrigações comerciais internacionais.

Depois de consultas pelos painéis da OMC, estes decidiram a favor do Brasil, concluindo que:

- (1) alguns subsídios estadunidenses de auxílio ao algodão distorciam mercados agrícolas internacionais e deveriam ser ou suspensos ou modificados para findar as distorções de mercado e (2) o auxílio Step 2 e as garantias de crédito agrícola à exportação de algodão e de outras commodities não previstas no programa seriam subsídios proibidos

conforme as normas da OMC e deveriam ser cancelados<sup>1</sup>(SCHNEPP, 2014, p.2).

Essa decisão foi mantida pelo Corpo de Apelação da OMC, o qual também determinou a data de 21 de Setembro de 2005 como prazo para os Estados Unidos removerem e modificarem esses subsídios. O país não cumpriu o prazo e, com exceção da decisão do Congresso americano de acabar com o programa de auxílio a produtores Step 2 em 2006, não mudou suas políticas nesse aspecto (SINGH, 2013, p. 278).

Dessa forma, o Brasil julgou que as medidas tomadas pelo Estado americano foram insuficientes. Instalou-se, então, um painel de adequação da OMC que reconheceu a insuficiência da resposta americana. Contudo, mesmo com as modificações adicionais feitas pelos Estados Unidos em 2008, o Brasil ainda não ficou satisfeito e requisitou autorização para retaliar não só com o aumento da tarifa dos produtos importados, mas também com a quebra do direito de patentes. Isso é, requisitou permissão para a retaliação cruzada.

Para justificar o pedido, o país argumentou que a elevação de tarifas unicamente não afetaria os interesses internos dos EUA a ponto de influenciar uma mudança agrícola, além de poder refletir em impacto negativo na economia brasileira. Luciano Mazza de Andrade explica:

O lado brasileiro apresentou argumentos e provas para demonstrar que, embora as importações do Brasil de produtos norte-americanos alcançassem bilhões de dólares, somente uma fração desse valor referia-se a bens supérfluos, sobre os quais seria possível, em tese, adotar contramedidas sem prejuízos maiores à economia nacional. Sobre outros produtos, o aumento de tarifas provocaria, entre outros impactos negativos, aumento dos custos de produção, incremento da inflação, custos elevados de transação para mudança de fornecedores e desestruturação na cadeia produtiva e de distribuição. Nesse contexto, o Brasil esforçou-se para sensibilizar os árbitros de que autorização limitada a bens implicaria nova penalização ao País, que se somaria aos prejuízos sofridos em decorrência dos subsídios norte-americanos (ANDRADE, 2013, p. 104).

Portanto, procurou-se destacar a importância de atingir os direitos de propriedade intelectual de consideráveis setores norte-americanos, como a indústria farmacêutica e audiovisual, a fim de causar um forte lobby no governo estadunidense.

Os árbitros do OSC decidiram em 2009 que o Brasil poderia impor contramedidas. Determinaram que a retaliação que representasse efeitos equivalentes à até US\$ 409,7 milhões de prejuízo ao EUA só poderia ocorrer na área de bens, porém acima desse valor, que serviria como um tipo de “gatilho”, o Brasil poderia retaliar na área de propriedade intelectual.

<sup>1</sup> No original: “(1) certain U.S. agricultural support payments for cotton distorted international agricultural markets and should be either withdrawn or modified to end the market distortions; and (2) U.S. Step-2 payments and agricultural export credit guarantees for cotton and other unscheduled commodities were prohibited subsidies under WTO rules and should be withdrawn.”

Foi nesse momento que o país conquistou um grande instrumento de barganha e negociação frente aos EUA. De fato, em 12 de março de 2010, o Brasil comunicou à OMC que iniciaria as suspensões, tanto em bens quanto em propriedade intelectual, em abril daquele ano. E logo em seguida, a ameaça de retaliação deu início a uma série de negociações e levou o Estado americano a negociar naquele ano um acordo temporário (Framework for Mutually Agreed Solution to the Cotton Dispute) com o governo brasileiro. No acordo, o Brasil concordou em não impor as contramedidas e suspender as consultas ao OSC em troca de um pagamento anual de US\$ 147,3 milhões por parte dos Estados Unidos para um fundo em favor do plantio de algodão brasileiro e da promessa de mudanças nas suas políticas agrícolas.

Percebe-se, assim, que a autorização da retaliação cruzada e a consequente ameaça de sua efetivação foi o acontecimento chave que trouxe resultados para um conflito que perdurava há muitos anos no Mecanismo de Solução de Controvérsias. Sua implementação tornou possível ao Brasil, um país com potencial econômico considerável, porém pequeno em relação aos EUA, a conquista de uma melhor posição de negociação, efetivamente diminuindo a assimetria de poder econômico entre os países da disputa.

Todavia, insta investigar as razões e motivos pelo qual esse caso foi bem sucedido, quando outras disputas em que a retaliação cruzada foi autorizada não conseguiram o mesmo êxito.

Primeiramente, importante salientar que alguns autores criticaram a autorização de contramedidas concedida pelo MSC ao Brasil. David J. Townsend, por exemplo, pontuou que a OMC interpretou mal o artigo 22.3 no caso, concentrando seus esforços em induzir o cumprimento em detrimento dos fatores econômicos listados no tratado. Argumenta que o Brasil teria opções de retaliação suficientes nas importações de bens americanos, visto que estas correspondem ao valor de US\$ 18,7 bilhões. Assim, deveria o árbitro ter se limitado à retaliação convencional (TOWNSEND, 2010, p.151).

Com efeito, a crítica feita por Townsend traz à tona um aspecto importante do contencioso do algodão. É preciso notar que se trata do único caso que a contramedida do artigo 22.3.(c) foi demandada por um país em desenvolvimento com uma particular situação econômica que o concede um poder econômico expressivo. Ou seja, o Brasil mesmo não sendo ainda considerado um país desenvolvido, possui um comércio internacional de grande monta que o posiciona de forma mais vantajada no cenário econômico mundial em comparação com outros países em desenvolvimento.

Talvez seja esse motivo pelo qual conseguiu construir uma ameaça crível da retaliação cruzada, já que teria um comércio doméstico expressivo e bem estabelecido e know-how suficiente para arcar com essa medida extrema de contramedida. Trata-se de um grande país com uma constante troca comercial com os EUA que poderia valer-se dessa ferramenta para exercer pressão política pelos meios institucionais da OMC.

Retorna-se, portanto, à questão de quem seria realmente beneficiado pela retaliação cruzada. Mesmo sendo consagrado por muitos como uma solução para a falta de influência política dos países em desenvolvimento, na prática, constata-se que é necessário ter um peso econômico e político mínimo para que a instalação ou a ameaça seja eficaz. É preciso que os países efetivamente possam criar um panorama onde a ameaça de retaliação seja crível e provável.

Com os poucos exemplos que existem, atualmente, de autorização da retaliação cruzada, é difícil prever como esse mecanismo vai ser utilizado no futuro dentro da OMC, uma organização que é relativamente nova, visto que foi fundada em 1995. Entretanto, o exemplo do caso do algodão entre Estados Unidos e Brasil constitui um importante precedente que comprova a utilidade do artigo 22.3.(c) do ESD.

Urge que os países em desenvolvimento comecem a refletir sobre modos de aplicar essa contramedida de forma eficiente e que preparem seus mercados internos e legislações nacionais para essas possíveis situações.

De qualquer modo, com todos os desafios e paradoxos que a retaliação cruzada possa trazer, é negável que a previsão da possibilidade de retaliar países em áreas mais estratégicas, em especial no âmbito do TRIPS, constitui uma ferramenta poderosa de barganha para países em desenvolvimento. O caso do algodão aqui relatado comprova que não se trata de um instrumento ineficaz no ordenamento da OMC.

É necessário agora objetivar formas mais concretas para que países menos desenvolvidos possam também se beneficiar dessa retaliação cruzada e reduzir a enorme diferença de representatividade econômica que têm com os países desenvolvidos. Apostar no citado mecanismo envolvendo os direitos da propriedade intelectual, que são cada vez mais valorizados pelas grandes potências mundiais, parece um bom artifício para, progressivamente, minimizar as *power politics* e assimetrias tão características do cenário econômico internacional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise do artigo 22.3.(c) do ESC da OMC, argumentou-se que a retaliação cruzada é um instrumento de sanção no âmbito do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC, o qual permite induzir o cumprimento das decisões da OMC por meio da suspensão de concessões e obrigações em acordos diversos dos previamente violados. Ela pode ser utilizada quando o país não cumpre voluntariamente as medidas aconselhadas pelo OSC, as formas de retaliação convencional não são praticáveis ou efetivas e as circunstâncias se mostram suficientemente sérias.

Desse modo, a retaliação cruzada torna-se uma boa solução para litígios envolvendo países em desenvolvimento contra países desenvolvidos. Isso porque a retaliação comum pode trazer efeitos nefastos à economia de um país em desenvolvimento que possua mercados com baixa capacidade produtiva e significativa dependência econômica, sendo impraticável já que traz mais malefícios do que benefícios. Já a retaliação cruzada pode abranger outros acordos menos essenciais ao país mais economicamente vulnerável e muito importantes para grandes potências econômicas, como o acordo TRIPS que trata da proteção de direitos da propriedade intelectual.

Verificou-se, porém, que a melhor forma de utilização da retaliação é como apenas uma ameaça que traga um maior poder de barganha em negociações ao país em desenvolvimento, tendo em vista que o processo de retaliação é complexo e custoso. Ocorre que os países com menos peso econômico não conseguem criar uma ameaça crível e provável de retaliação, já que fica claro que nunca poderiam utilizar esse recurso sem graves danos a sua economia. Assim, refletiu-se sobre a real utilidade da retaliação cruzada na diminuição das assimetrias de poder da OMC. Ela não conseguiria alcançar os atores internacionais que mais precisariam de ferramentas para poder enfrentar desproporções enormes de poderes frente a países já bem desenvolvidos.

O caso US- Upland Cotton entre Estados Unidos e Brasil foi estudado como um exemplo em que a ameaça da retaliação cruzada serviu para fornecer ao Brasil uma posição de negociação muito mais vantajada. Todavia, percebe-se que esse êxito provavelmente relaciona-se com o fato do país em desenvolvimento em questão já estar em uma boa posição comercial, possuindo um comércio interno e externo bem estruturado e com um tamanho considerável.

Assim, entende-se que, mesmo que a retaliação cruzada tenha muitos desafios e ainda não consiga combater as *power politics* da forma que se era esperado, ela ainda representa um importante instrumento normativo da OMC que concede a países em situações de clara

desvantagem um mecanismo para nivelar as negociações e atingir países mais poderosos economicamente em seus setores comerciais mais sensíveis.

## 6 REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick M. **Cross-Retaliation in TRIPS**: Options for Developing Countries. In: ICTSD Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, Issue paper No. 8, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2009.

AMARAL, Renata Vargas. **Retaliação cruzada na OMC: disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio**. Tese de doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

ANDRADE, Luciano Mazza de. **O Contencioso do Algodão: o Desafio da Implementação**. In: BENJAMIN, Daniela Arruda (org.) O sistema de solução de controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira. Brasília: FUNAG, 2013. Disponível em: [http://funag.gov.br/loja/download/1053-SISTEMA\\_DE\\_SOLUCAO\\_OMC.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/1053-SISTEMA_DE_SOLUCAO_OMC.pdf). p. 104. Acessado em 10 de jul. de 2017.

ARBIX, Daniel do Amaral, NETO, Abrão Árabe. **Retaliação Cruzada em Propriedade Intelectual**: alternativa para uma atuação mais eficaz dos países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.103. São Paulo, 2008.

BOSSCHE, Peter van den. **The law and policy of the world trade organization**: text, cases and materials. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

MATSUSHITA, Mitsuo; MAVROIDIS, Petros; SCHOENBAUM, Thomas. **The World Trade Organization: Law, Practice and Policy**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MAVROIDIS, Petros C. Remédios no Sistema Jurídico da OMC: Entre um Rochedo e um lugar difícil. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). **Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas**. Ijuí: Ujuí, 2003.

MITCHELL, Andrew D; SALONIDIS, Constantine. **David's Sling: Cross-Agreement Retaliation in International Trade Disputes**. Journal of World Trade 45, n. 2, 2011.

OMC. **Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)**. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **The WTO dispute settlement procedures**: a collection of the legal texts. 3. ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

PRADO, Victor Luiz do. Mecanismo de Solução de Controvérsias: Fonte de Poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do., coord. **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 264-266.

RUSE-KHAN, Henning Grosse. **Suspending IP Obligation under TRIPS: A viable alternative to enforce prevailing WTO rulings?** (2008b). Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317304](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317304)>. Acesso em: 10 Julho 2017

SCHNEPF, Randy. **Status of the WTO Brasil-U.S. Cotton Case.** (2014) Disponível em: <<http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R43336.pdf>> Acesso em: 30 de Julho de 2017.

SINGH, Manoj K. **Cross-retaliation under the WTO-DSM.** In: Global Trade and Customs Journal, Volume 8, Issue 9. Kluwer Law International BV, 2013.

TOWNSEND, David J. **Stretching the Dispute Settlement Understanding: US-COTTON's relaxed interpretation of cross-retaliation in the World Trade Organization.** In: Richmond Journal of Global Law & Business, 2010. Disponível em: <<http://rjglb.richmond.edu/2010/04/01/stretching-the-dispute-settlement-understanding-u-s-cottons-relaxed-interpretation-of-cross-retaliation-in-the-world-trade-organization/>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

YE, Siyu. **The Legal Analysis of the Cross-Retaliation Under the WTO Framework.** 2012, Disponível em: <[http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/061/021/RUG01-002061021\\_2013\\_0001\\_AC.pdf](http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/061/021/RUG01-002061021_2013_0001_AC.pdf)>. Acesso em 29 de Julho de 2017.

#### **Contencioso do Sistema OMC:**

WT/DS267. **US- Upland Cotton.** 2002. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds267\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm)> Acesso em: 10 de Julho de 2017

## **A INDISPENSABILIDADE DE DEFENSOR PÚBLICO NA OITIVA INFORMAL NA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL**

*Amanda Machado de Liz\**

**Palavras-chave:** Estatuto da Criança e do Adolescente; Ato infracional; Oitiva informal. Defensoria Pública; Código de Menores.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a ausência do defensor público no acompanhamento do adolescente na fase ministerial do procedimento de apuração de ato infracional, bem como examinar as consequências ao adolescente e ao processo desse não acompanhamento, como possíveis violações ao contraditório e à ampla defesa, assim como um reflexo de um passado minorista. Desta forma, o questionamento para o qual se pretende buscar substratos à resolução tem como ponto central o problema “a ausência de defensor público na audiência de oitiva informal viola os direitos do adolescente e o devido processo legal?”. Tal labor concretizar-se-á com aplicação do método dedutivo monográfico, tendo por base a interpretação da Constituição, as leis que disciplinam o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Convenções Internacionais sobre o assunto, além das notas da doutrina e das considerações da jurisprudência. A partir da análise de como deveria acontecer o procedimento de ato infracional, especificamente na oitiva informal, e de como vem sendo realizada, revela-se que há uma enorme dissonância entre teoria e prática.

**Abstract:** This work aims to analyze the absence of the public defender in the follow-up of the adolescent in the ministerial phase of the investigation procedure of an infraction, as well as to examine the consequences to them and to the process of this non-accompaniment, such as possible violations to the adversary and ample defense, as well as a reflection of a minorist past. Therefore, the inquiry to which is intended to search for substrates leading to the resolution has the main point the problem "the absence of a public defender in court during the informal hearing violates the rights of adolescents and due process of law?". This work will be carried out with the application of the monographic deductive method, based on the interpretation of the Constitution, the laws that regulate the Statute of the Child and Adolescent and the International Conventions about the subject, as well as the notes of the doctrine and the considerations of the jurisprudence. From the analysis of how the procedure of an infraction

\* Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (CESUSC), [amandamliz@hotmail.com](mailto:amandamliz@hotmail.com), (48) 99674-0322, <http://lattes.cnpq.br/4660735541164969>.

should happen, specifically on the informal hearing, and how it has been carried out, reveals that there is a huge dissonance between theory and practice.

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo central abordar uma fase específica do processo de apuração de ato infracional praticado por adolescentes, que é a audiência preliminar realizada pelo Ministério Público – mais conhecida como oitiva informal – especificamente, sobre a falta de acompanhamento de defensor público junto ao adolescente nesse momento, elencando possíveis consequências ao mesmo, partindo de uma comparação do campo teórico com a prática jurídica.

O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, e a pesquisa foi bibliográfica e documental.

Tem-se como hipótese principal do trabalho a imperiosa necessidade da presença de defensor público como garantidor da proteção integral e do devido processo legal ao adolescente, em todos os atos, mas principalmente na oitiva informal, buscando demonstrar a postura do Ministério Público e do Judiciário mais próxima ao modelo menorista, já não mais em voga, em que havia um “menor” instrumento de intervenção estatal.

Para tanto, primeiramente, analisar-se-á sobre a inimputabilidade penal dos adolescentes e a previsão legal do procedimento de apuração de ato infracional, com enfoque no artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em seguida serão introduzidos excertos jurisprudenciais, por meio dos quais se pretende ilustrar o reflexo prático da ausência da Defensoria Pública na audiência de oitiva informal, assim como as consequências que derivam desse ato. Nesse sentido, foram selecionados, aleatoriamente, acórdãos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e, em especial, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e sentenças do Juízo da Vara da Infância e Juventude da Capital que, além de tudo, demonstram a reprodução pelo Poder Judiciário do estereótipo do “menor infrator” e resquícios de práticas menoristas.

Ao final, abordar-se-á ainda sobre o projeto de lei que visa acrescentar um parágrafo no artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a realização da oitiva informal, para constar expressamente a necessidade de defesa técnica para o adolescente nesse momento.

## 2 Ato Infracional e (In)Imputabilidade Penal

O quadro social das crianças e adolescentes no Brasil é de fato, algo muito triste. Juntos, constituem a parcela de cidadãos que mais sofre violações em seus direitos, e por todos os seguimentos da sociedade. Conforme comenta Wilson Donizeti Liberati (2006, p. 63) “Vê-se, na realidade, que eles são vítimas de maus-tratos, violência sexual, física, psíquica; são explorados no trabalho; são traficados, desaparecem; são adotados ilegalmente; morrem de fome, pela tortura, pelo extermínio” e ainda são alojadas em instituições em situações deploráveis como o antigo São Lucas, que nada mais era do que um sucessor do SAM<sup>1</sup>.

Ainda assim, nenhum outro tema tem gerado mais polêmica que os critérios etários e de qual forma deveriam ser responsabilizados os adolescentes com até 18 anos incompletos, quando praticada conduta descrita na lei penal como crime ou contravenção. A discussão sempre ronda acerca do discernimento, consciência da ilicitude do ato e o porquê de receberem tratamento diferenciado dos adultos.

Muito dessa comoção se relaciona com nosso modelo de política criminal, que incentiva julgamentos midiáticos e punitivistas, mas ao mesmo tempo dá pouquíssima visibilidade às arbitrariedades e ilegalidades disfarçadas de justiça. E, como consequência, temos uma sociedade confusa, desinformada e reproduzindo um senso comum equivocado.

Desde o início da colonização até a chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve várias mudanças, ora aumentando a idade, ora diminuindo, incluindo ou não o critério do discernimento (ROSA; LOPES, 2011).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente não recepção do Código de Menores de 1979, em 1990 surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 104 veio confirmar o que já havia sido disciplinado no artigo 228 da CF/88 e no artigo 27 do Código Penal: a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos à data do fato. Conforme comentam Alexandre Moraes da Rosa e Ana Christina Brito Lopes (2011, p.319 e 320):

Parece que o art. 27 do CP, relativo aos menores de 18 anos, trata de uma “inimputabilidade especial” ou uma “imputabilidade especial”, tanto faz uma ou outra denominação. O intuito do legislador era afastar os menores de 18

<sup>1</sup> O Serviço de Assistência a Menores (SAM) foi instituído em 1941, por meio do Decreto-lei nº 3.799/1941 no âmbito do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Apesar de ter como missão amparar socialmente os “menores” carentes, abandonados e infratores, a verdade é que ele foi criado para cumprir as medidas aplicadas aos infratores pelo juiz – mesmo que não tivessem praticado qualquer ato ilícito – tornando-se mais uma administradora de instituições do que uma política de atendimento ao infrator. Tinha caráter corretivo-repressivo-assistencial, e funcionava, realisticamente, como um sistema penitenciário para a população menor de 18 anos em todo o território nacional. Mas a seletividade do SAM não era diferente daquela hoje verificada.

anos de não serem responsabilizados penalmente, na teoria, pelas penas impostas pelo CP, mas sim por uma metáfora, que no caso seriam as medidas socioeducativas do diploma especial, ao contrário do que ocorre com os inimputáveis do art. 26 do CP (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), assim como do art. 28, II, §1º do CP (embriaguez) quando o agente será isento de qualquer tipo de pena.

Assim, mesmo que de tempos em tempos venha à tona a ideia da redução da idade da inimputabilidade máxima para 16 anos (ou até menos) – como o caso da PEC 171/1993, que recentemente foi aprovada pela Câmara em uma das grandes manobras do ex-presidente da casa –, fica nítida a inconstitucionalidade dessa tese, visto que é inegável que o direito insculpido no artigo 228 da Constituição Federal tem conteúdo de direito e garantia individual, tendo sido reconhecido pelo próprio STF que cláusulas pétreas não se encontram apenas no artigo 5º da CF.

Portanto, se já temos jurisprudência da Suprema Corte de que determinado princípio tributário é cláusula pétrea, como negar que garantias direcionadas aos adolescentes em situação peculiar de pessoa em desenvolvimento e com absoluta prioridade são suscetíveis de alteração por emenda constitucional?

Eugênio Couto Terra em seu artigo intitulado “A Idade Penal Mínima como Cláusula Pétrea” ainda relaciona o artigo 228 com o direito de liberdade de todo cidadão menor de dezoito anos. Aduz o autor (2004, p. 27) que:

Trata-se, portanto, de garantia individual, com caráter de fundamentabilidade, pois diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade de todo cidadão menor de dezoito anos. E não se pode olvidar que a liberdade sempre está vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, especialmente em relação às crianças e adolescentes, pois foram reconhecidos como merecedores de absoluta prioridade da atenção da família, da sociedade e do Estado, em face da peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento.

Assim, fica claro que inimputabilidade não é, nem de perto, sinônimo de impunidade, uma vez que se estabelecem medidas de responsabilização compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Conforme expõem novamente Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes (2011, p. 320 e 321):

Impunidade vem sendo a bandeira utilizada pelo exército brasileiro contrário ao Estatuto e favorável à redução da idade da responsabilidade penal sem, no entanto, informarem ao grande público que impunes são muitos outros, que já adultos, praticam crimes e, além de ficarem em liberdade, muitas vezes, jamais tem sobre si qualquer aplicação de pena, ao contrário dos adolescentes que, mesmo antes de ter o julgamento de suas condutas que corresponda a uma medida privativa de liberdade, ficarão internos provisoriamente vivendo as

agruras da privação de liberdade em circunstâncias contrárias aos seus direitos garantidos juridicamente.

Importante destacar que, para efeito do artigo 104, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se adolescente sujeito às medidas socioeducativas do artigo 112, os que se encontram entre 12 a 18 anos incompletos. Isso porque as crianças de até 12 anos incompletos quando praticam ato infracional são submetidas às medidas de proteção previstas no artigo 101, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme artigo 99 do Estatuto. Tais medidas de proteção, sempre que advindas de ato infracional praticado por criança, ficam a cargo apenas do Conselho Tutelar, dispensando o rito específico da aplicação de medida socioeducativa, que se passa a expor no tópico seguinte.

### 3 O procedimento de apuração de ato infracional

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera no seu art. 103 como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal praticada por crianças ou adolescentes.

Assim, estabeleceu-se um rito processual próprio para a apuração de ato infracional praticado por adolescente, o qual é composto por três fases, perante três diferentes órgãos: 1) fase policial, 2) fase ministerial; 3) fase judicial.

A fase policial se inicia com a apreensão do adolescente autor do ato infracional em flagrante (art. 172 do Estatuto), circunstância que, em regra, a autoridade policial lavrará um boletim de ocorrência circunstanciada e liberará o adolescente ao responsável, mediante compromisso de apresentar o adolescente ao representante no Ministério Público. Não se tratando de flagrante, essa fase dará início após o registro de ocorrência realizado por qualquer cidadão que tenha conhecimento da conduta ilícita.

Caso o flagrante seja por ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial deverá adotar as providências do art.173 do Estatuto, quais sejam:

- I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;
- II - apreender o produto e os instrumentos da infração;
- III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Sendo o adolescente liberado, conforme dispõe o art. 176, a autoridade policial encaminhará cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência ao representante do Ministério Público, ou ainda, afastada a hipótese de flagrante e havendo indícios de participação

ou coautoria, como disposto no art. 177, a ele encaminhar-se-á relatório das investigações e demais documentos.

Lembrando ainda que, para a comprovação da materialidade do ato infracional, à autoridade policial fica obrigada a apresentação de diligências como a juntada de laudos periciais e a apreensão de produtos e instrumentos da infração.

A segunda fase ocorre perante o representante do Ministério Público, que, na forma do art. 179, *caput*, do ECA, “procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítimas e testemunhas”. Após tal procedimento, o promotor tem então, na forma do art. 180, três caminhos a seguir – dispostos nos três incisos – I) promover o arquivamento dos autos, II) conceder a remissão, III) representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida socioeducativa.

O arquivamento será concedido caso o representante do Ministério Público verifique que o fato é inexistente, não esteja provado, não constitua ato infracional ou não exista comprovação acerca do envolvimento do adolescente na sua prática.

Já para conceder a remissão, que levará a exclusão do processo (art. 126, ECA), o promotor deverá valorar as circunstâncias e consequências da infração, o contexto social, a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional, não importando no reconhecimento ou comprovação da responsabilidade – e nem em hipótese alguma prevalecendo para efeito de reincidência – assim, prescindindo de provas suficientes da autoria e da materialidade, conforme art. 114 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O instituto da remissão trouxe controvérsias tanto na doutrina como na jurisprudência quando o Estatuto autorizou expressamente o Ministério Público a aplicar medida socioeducativa. O foco da divergência é a expressão “conceder”, que na maioria das vezes vinha sendo interpretada como se estivesse dado poder decisório a um órgão diverso do Poder Judiciário.

Tal discussão levou a edição da Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça, a qual expõe o seguinte conteúdo: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz”.

Ainda assim, “a medida aplicada em sede de remissão pode ser revista judicialmente, independente da fase processual, a pedido expresso do Ministério Público, do adolescente ou de seus pais ou responsável” (MORAES; RAMOS, 2015, p. 1036).

Caso haja convencimento por completo do promotor, baseado em provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, esse tem a faculdade de optar pela representação do adolescente em juízo.

A representação é o início da terceira fase: a judicial. Em que pese a ausência de previsão expressa, sendo oferecida a representação, o juiz deve analisar acerca da admissibilidade da peça, que deve ser fundamentada na forma do art. 181 e seus parágrafos, “isso porque não se pode admitir que o processo socioeducativo se encontre imune à aferição sobre a sua viabilidade, sob pena de se possibilitar a exposição de adolescentes a situação processuais desprovidas de fundamento”. (MORAES; RAMOS, 2015, p. 1040).

Munir Cury, Paulo Afonso Garrido e Jurandir Marçura (2002, p. 163), na mesma linha de raciocínio, trazem as hipóteses:

A representação poderá ser liminarmente rejeitada quando: a) desatender os requisitos do art. 182, §1º; b) for oferecida em relação a ato infracional praticado por criança (art. 105 c/c os arts. 171 a 190); c) o autor do ato infracional tiver 21 anos de idade completos (art. 2º, parágrafo único, c/c o art. 121, §5º); d) à data do fato o agente era penalmente imputável (art. 104, parágrafo único); e e) a ação ou omissão manifestadamente não constituir ato infracional (art.130).

Assim, caso seja admitida a representação, para a apuração de responsabilidade e consequente aplicação de medida socioeducativa, caso haja procedência – deverá ser realizada, inicialmente, uma audiência de apresentação, para a oitiva do adolescente, seus pais ou responsável. Importante salientar que nessa oportunidade a autoridade judiciária também pode oferecer-lhe a remissão.

Apenas caso seja, conforme parágrafo segundo do artigo 186 do Estatuto, “fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade”, designar-se-á audiência de continuação para que sejam ouvidas as testemunhas e cumpridas as diligências.

#### 4 Oitiva informal e o respeito ao devido processo legal

Supôs o legislador que com a oitiva, a atividade policial poderia ser submetida a um maior controle, já que no passado (não tão distante da realidade atual) a violência policial era algo público e notório. Assim, o contato do promotor diretamente com o adolescente “se mostra capaz de fornecer subsídios acerca da plausibilidade da imputação advinda da polícia, evitando o ajuizamento de procedimentos inócuos e desnecessários [...] para a pessoa em desenvolvimento” (HESPANHOL; SOARES, p.92, 2005).

Há divisão doutrinária e jurisprudencial acerca de se o não acontecimento da oitiva informal ensejaria nulidade. Portanto, há corrente que alega que, ao ser oferecida representação sem a observância do disposto no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estaria violando direito dos adolescentes de ser, mesmo que de maneira informal, previamente oitivado, afastando as condições para o arquivamento ou a concessão de remissão, e só então poder ser representado. Segundo esse entendimento, sem tal procedimento, estar-se-ia desrespeitando garantia constitucional. Nesse sentido entendia o Tribunal de Justiça de Santa Catarina antigamente

**ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL - REPRESENTAÇÃO OFERTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM A OITIVA PRÉVIA DO MENOR ENVOLVIDO, SEUS PAIS OU RESPONSÁVEIS - FRUSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO OU REMISSÃO - FORMALIDADE PREVISTA NO ART. 179 DA LEI N. 8.069/90 (ECA) - NORMA COGENTE - OBRIGATORIEDADE - OFENSA À GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW - NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.** Sendo "exato que como dominus litis tem o Promotor o seu livre convencimento, mas este, pela própria definição legal da norma do artigo 179, não será completo sem a prévia e ainda que informal oitiva do menor e dos demais envolvidos no ato infracional" (LEX 164/166), **acarreta nulidade insanável o descumprimento do referido dispositivo.** (TJSC, Apelação Criminal n. 1998.012471-9, de Timbó, rel. Des. Jorge Mussi, j. 27-10-1998). (Grifo nosso)

Um pouco depois, a mesma Corte passou a entender que, apesar de a oitiva ser regra, ainda caberia exceções, como em casos excepcionalíssimos:

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO REJEITADA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR (ART. 179, ECA). SENTENÇA MANTIDA. Somente em casos excepcionalíssimos, quando a apresentação do adolescente revelar-se impraticável, é admissível o oferecimento de representação sem a sua prévia oitiva pelo Ministério Público.** (TJSC, Apelação Criminal n. 2003.029820-7, de Criciúma, rel. Des. Newton Janke, j. 02-03-2004). (Grifo nosso)

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça começou a consolidar entendimento divergente do nosso Tribunal de Justiça, deixando-o evidente quando o Ministério Público tendo seu recurso negado no TJ/SC – que mantinha decisão de primeiro grau que indeferia representação sem a realização de oitiva informal previamente –, interpunha recurso especial ao STJ tendo o mesmo provido – entendendo que a realização da oitiva informal não é pressuposto para a representação –, seguindo precedentes de várias turmas.

Por conseguinte, recentemente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem alterando seu entendimento, mantendo a linha do Superior Tribunal de Justiça

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUPOSTO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REPRESENTAÇÃO REJEITADA À FALTA DE PRÉVIA OITIVA INFORMAL DO ADOLESCENTE (ART. 179 DO ECA). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSCITADA DESNECESSIDADE DA PROVIDÊNCIA. PROCEDÊNCIA DA IRRESIGNAÇÃO. MEDIDA PRESCINDÍVEL QUE SE DESTINARIA APENAS A AUXILIAR O PROMOTOR DE JUSTIÇA A OPTAR ENTRE A PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO, A REMISSÃO OU A REPRESENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO NOS TERMOS DA SÚMULA 709 DO STF. "De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a oitiva informal do adolescente, ato de natureza extrajudicial, não é pressuposto para o oferecimento da representação, servindo apenas para auxiliar o representante do Ministério Público a decidir sobre a necessidade ou não da instauração da ação socioeducativa, nos termos do art. 180 da Lei n.º 8.069/90. Precedentes" (STJ/AgRg no HC 244.399/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27.11.2012). [...] (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.040474-4, de Camboriú, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 05-03-2015). (Grifo nosso)**

Ainda que haja divisão doutrinária sobre a imprescindibilidade ou não da realização da oitiva informal previamente à representação, passa-se a analisar seguidamente, com maior análise, os casos em que ela se realiza.

#### 4.1 Oitiva informal: da informalidade à arbitrariedade

Qualquer formalização das declarações prestadas pelo adolescente oitivado deve ser vedada por desrespeito a informalidade dada a essa etapa pré-processual. Fora a situação em que seja para favorecer o direito de liberdade – em favor do qual, e nunca contra, labora a estrita observância das garantias processuais, pois sem prejuízo à defesa não há nulidade –, “o representante ministerial não pode dar forma, reduzindo a termo, àquilo que a lei previu tratar-se de ato não formal” (HESPANHOL; SOARES, 2005, p. 102). Uma leitura séria do dispositivo do Estatuto à luz da Constituição, considerando a expressa menção à “informalidade”, veda a formalização das declarações prestadas pelo adolescente na audiência preliminar.

Isso, pois, “a redução a termo de depoimentos implica outorgar ao Ministério Público – fora do âmbito do devido processo legal – poderes formais de investigação criminal, o que é constitucionalmente defeso” (HESPANHOL e SOARES, 2005, p. 104). A concentração de funções acusatória e investigatória no mesmo órgão viola o princípio da imparcialidade e ofende o devido processo legal<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Não obstante, o STF decidiu recentemente que o Ministério Público pode realizar diretamente investigações criminais, desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados, que os atos de investigação se sujeitem ao permanente controle do Poder Judiciário, dentre outros requisitos. Veja-se: “O Ministério Público

Com a devida autorização da juíza titular para a realização do presente trabalho, obteve-se acesso aos processos de primeiro grau da Vara da Infância e Juventude da Capital, para mera ilustração de como de fato ocorrem situações como essa. Em determinado processo (autos nº 0034422-98.2014.8.24.0023), em sede de defesa prévia, a defesa requereu o desentranhamento do termo de audiência preliminar, pelos mesmos motivos expostos acima. Ocorre que a juíza, em decisão interlocutória negou o pedido com os seguintes fundamentos

Por fim, INDEFIRO pedido de desentranhamento de termo de audiência preliminar, vez que tal ato é devidamente previsto no art. 179 do ECA, tratando-se apenas de meio de coleta de elementos destinados à representação do adolescente, o que não autoriza, por si só, a condenação do representado, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. Ou seja, a convicção do juiz sentenciante, independente de pleito ministerial fundado em audiência informal, deve ser fulcrada por todos os elementos probatórios colhidos durante a instrução, não somente pelas palavras colhidas durante a oitiva informal do adolescente.

Ocorre que a prática vem demonstrando que o termo da oitiva vem corroborando sim, muitas vezes como único elemento de caracterização da autoria, como se passa a expor a seguir.

#### 4.1.1. O uso do depoimento do adolescente em sede de oitiva informal como prova acusatória.

O que mais tem gerado preocupações é que a oitiva informal, que, em tese, deveria ajudar o adolescente, tem o prejudicado. Raramente essa fase preliminar vem inspirando a promotoria a oferecer remissão, estimulando a promover arquivamentos, muito menos um momento privilegiado de controle da atividade policial. Conforme aduz André Hespanhol e Francisca de Assis Soares, em obra organizada por Flávio Frasseto (2005, p. 102):

O que tem observado na experiência cotidiana, não raramente, é que a boa ideia de ampliar os espaços de interação do adolescente com as autoridades, oportunizando de forma preliminar a autodefesa, tenha se prestado, na prática, ao alargamento do afã repressivo que inspira predominantemente a atuação de boa parte do Ministério Público nacional. Em outras palavras, a forma como

---

dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. (STF. Plenário. RE 593727/MG, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015).

se têm muitas vezes conduzido a oitiva informal têm resultado irreparáveis prejuízos ao próprio adolescente.

Isso, pois “o que se vê, na prática, é a condução do ato exclusivamente como oportunidade de colheita de provas contra o adolescente, em especial se ele confessa” (HESPANHOL E SOARES, 2005, p. 102). A oitiva vem sendo vislumbrada por parte do Ministério Público, nas vezes em que o adolescente assume a infração, como uma produção antecipada de prova de culpa. Ainda Hespanhol e Soares (2005, p. 102/103)

Tanto que, de modo absolutamente ilegal, a oitiva informal de que fala a lei é, pasmem, formalizada, convertendo-se em assentada para a tomada de confissão “espontânea”. E a confissão apresentada diante do Ministério Público, não obstante sua colheita à revelia de qualquer supervisão da defesa, será iterativamente lembrada como prova de autoria ao longo de todo procedimento judicial.

Ainda com intuito de mera ilustração de como de fato ocorrem essas situações, no processo de nº 0049357-80.2013.8.24.0023 da Vara da Infância e Juventude na Capital, o Ministério Público, em sede de alegações finais aduz

**Do mesmo modo a autoria restou caracterizada.** Quando ouvido em audiência preliminar junto ao Ministério Público o adolescente afirmou que Policiais entraram na casa que o depoente estava morando e encontraram maconha no quarto do depoente. Relata que a cocaína foi encontrada num pote do lado de fora da residência em um beco e assevera que não era de sua propriedade, tampouco da adolescente que estava com o depoente. Afirma que assumiu a cocaína para o Policial não dizer que era da garota [processo desmembrado]. Confirma que tinha uma faca suja de maconha que o depoente tinha usado e que no local havia mais dois cigarros prontos de maconha para fumar. Disse que foram encontrados mais pedaços de maconha pela casa e que a cocaína encontrada dentro de um saco de óculos foi encontrada dentro de sua casa. Indagado, respondeu que o caderno de anotações encontrado era do depoente para controle de venda. Arguiu que estava trabalhando como servente de pedreiro, mas ficou desempregado por isso resolveu vender drogas (fl. 20). Como se vê, o depoimento do adolescente é contraditório, ora negando a propriedade da droga, ora revelando que de fato traficava substâncias entorpecentes, guardando-as no local. V. chega a confirmar, inclusive, que utilizara a faca apreendida para cortar maconha e que detinha um caderno para controle de vendas das drogas. Relatou ainda que mercenciava drogas por ter perdido o emprego, o que em momento algum justifica a conduta ilícita do representado. O adolescente confirma que estava residindo na casa, inclusive na companhia de sua namorada. Portanto, sendo o local de sua propriedade e moradia, certo que os objetos que lá se encontravam eram de sua propriedade também, até porque as drogas foram encontradas em diversos cômodos e móveis, não sendo possível aceitar que delas o representado não tivesse conhecimento. **Nada obstante, durante o depoimento o representado acaba confessando, ainda que contrariamente à sua tese inicial, que a faca de cozinha foi utilizada pelo próprio depoente para cortar maconha. Por fim, quando do final do depoimento confirma que mercenciava drogas. Todavia, em Juízo, V. buscou afastar sua responsabilidade, declarando ter apenas passado a noite no local para dormir, mas que não morava na residência. Disse não ter visto o que foi apreendido. Assevera que fazia uso**

de maconha à época dos fatos e que ainda faz uso da substância, tentando, atualmente, reduzir seu uso (fl. 59). A prova testemunhal produzida corrobora o exposto na exordial e na confissão do adolescente na fase preliminar, desabonando o depoimento prestado por V. na fase judicial. (Grifo nosso)

Apenas a título de curiosidade e para que as citações não se tornem cansativas, ainda nessas alegações finais, o Ministério Público requereu aplicação de medida socioeducativa restritiva de liberdade usando como base “antecedentes” de remissões e como argumento que ato infracional análogo a tráfico de drogas é grave.

No mesmo processo, em sede de sentença, decidiu-se

**No que tange à autoria, esta restou devidamente comprovada, embora o adolescente tenha retratado a versão apresentada inicialmente perante o Ministério Público.**

[...]

Considerando a divergência de versões, a retratação do representado deve ser analisada com muito critério. Destaque-se, porém, desde já, que o **Tribunal de Justiça Catarinense firmou entendimento de que a retratação da confissão extrajudicial é irrelevante se esta é comprovada pelas outras provas coligidas sob o crivo do contraditório** [citação da ementa da Apelação Criminal n. 2014.040325-4, de São José, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 03-03-2015. TJSC]. **In casu, não há qualquer informação ou indício de que o adolescente tenha sido compelido a declarar sua versão confessoria no Ministério Público, de modo que tudo leva a crer que a revelação tenha sido espontânea e livre de vícios de vontade**, podendo ser sopesada com os demais elementos de prova, nos termos de julgado supra. (Grifo nosso)

Se a oitiva é informal e realizada sem presença de defensor, parece óbvio que se torna ilegal qualquer produção de prova que além de anexada ao processo, vem sendo usada como confissão em sede de alegações finais, principalmente quando a versão do adolescente na oitiva e em juízo são distintas. Ou seja, um depoimento dado apenas ao *Parquet* não pode ter o mesmo peso que o dado em audiência perante juiz e seu defensor. Não pode o Ministério Público aplicar qualquer medida socioeducativa (mesmo que ainda necessite de homologação da autoridade judiciária) que seja com base em uma prova que não foi submetida ao contraditório nem à ampla defesa.

Ocorre que, em análise à jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, vê-se que corrobora com todas as práticas dos processos de primeiro grau, como o exposto acima. Não só se aceita o depoimento do adolescente na delegacia e na oitiva como prova acusatória, mas também como provas suficientes para comprovação da autoria

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 157, § 2º, INCS. I E II, C/C ECA, ART. 103).

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO DO REPRESENTADO. 1. RECEBIMENTO DO APELO. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO (CPC, ART. 522, CAPUT). 2. PROVA DA AUTORIA. PALAVRAS E RECONHECIMENTO DA VÍTIMA. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. APREENSÃO DA RES FURTIVA. **CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E EM OITIVA INFORMAL**. 3. RECONHECIMENTO. NULIDADE. PROCEDIMENTO (CPP, ART. 226). 4. GRAVE AMEAÇA. FACA. 5. EMPREGO DE ARMA. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA (CP, ART. 30). 6. CONCURSO DE PESSOAS. EXECUÇÃO E FUGA CONJUNTAS. COMUNHÃO DE VONTADES E DESÍGNIOS. COAUTORIA. [...] 2. A palavra da vítima que descreveu os detalhes do roubo, o reconhecimento por ela efetivado nas duas fases, os depoimentos dos agentes que apreenderam o adolescente na companhia de comparsa e na posse da res furtiva após esses serem detidos por populares momento após a ação, e **a confissão do adolescente na delegacia de polícia e na oitiva informal realizada pelo Ministério Público são provas suficientes da autoria de ato infracional equiparado ao crime de roubo**. 3. A inobservância do procedimento formal previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, quando do reconhecimento do acusado, não implica a nulidade do elemento probatório, que passa a ter valor de prova testemunhal. 4. O emprego ostensivo de faca para subtração de coisa alheia móvel caracteriza grave ameaça à pessoa. 5. A comprovação pela prova oral e a apreensão de faca bastam para o reconhecimento da causa de aumento do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, e autoriza, por consequência, a dispensa de realização de laudo pericial para a finalidade de comprovar o potencial lesivo do artefato, tratando-se esta de circunstância objetiva que se comunica a todos os coautores. [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0012148-61.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Antônio Rizelo, j. 29-03-2016).

Ressalta-se que a relação entre um promotor e um adolescente – sendo os negros, pobres e sem acesso à educação os maiores “clientes” do sistema – é absolutamente assimétrica. A suposta informalidade converte-se em um arbítrio facilmente derivável para o puro autoritarismo. Essa ausência de formalidade acaba permitindo que se converta o suspeito “em mero destinatário de um poder sem limites e sem contornos, sem garantia nem mesmo voz. Alvos de censura moral, [...] os adolescentes, à total mercê de uma das partes do processo que sequer se iniciou, acabam amiúde lesionados” (HESPANHOL; SOARES, 2005, p. 103) em suas garantias processuais, seus direitos fundamentais, em sua dignidade, em sua proteção especial e em sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

João Batista da Costa Saraiva (2013, p. 117-118) ainda relaciona tal postura com o passado

A presença do Defensor neste ato traria o necessário equilíbrio à relação, mesmo sendo esta pré-processual, haja vista os efeitos disso resultante. Identifica-se aqui, na atual redação da Lei, uma concessão feita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à antiga doutrina da situação irregular, tendo

apenas transferido a antiga condição do Juiz de Menores agora ao Promotor da Infância.

Percebe-se, assim, que o Estatuto da Criança e do Adolescente confiou, em vários momentos, nos bons propósitos e no bom preparo de observá-lo, assim como o de seguir seus princípios, por parte dos profissionais que se incumbem de sua aplicação. Por isso reservou-se larga margem de liberdade aos seus operadores, pois se acreditava que permitiria melhor ajustagem nas ações e nas providências, conforme cada caso concreto e suas particularidades (HESPANHOL; SOARES, 2005, p. 103).

Era essa, inclusive, a recomendação das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, conhecida como Regras de Beijing:

6. Alcance das faculdades discricionárias **6.1 Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões.** 6.2 Procurar-se-á, não obstante, garantir a devida competência em todas as fases e níveis no exercício de quaisquer dessas faculdades discricionárias. 6.3 **Quem exercer tais faculdades deverá estar especialmente preparado ou capacitado para fazê-lo** judiciosamente e em consonância com suas respectivas funções e mandatos. (Grifo nosso)

Todavia, sempre que os bons propósitos e o bom preparo não se observam na prática, “estes espaços de discricionariedade abrem margem a práticas antigarantistas, afrontosas aos princípios da legalidade e do respeito ao processo legal” (HESPANHOL; SOARES, 2005, p. 103).

Portanto, é mais do que urgente repensar esse formato (ou não-formato) dado em lei para a realização da oitiva com o Ministério Público, a fim de preservar das distorções e arbitrariedades rotineiras.

#### **4.1.2. Da remissão cumulada com medida socioeducativa pelo na oitiva informal**

Ocorre que, ainda como se não se bastasse o uso do depoimento do adolescente como prova acusatória (no caso de representação), quando o *Parquet* opta pela remissão tem sido recorrente a aplicação conjunta da medida socioeducativa. Só que essa cumulação exige a concordância do adolescente, conforme disposto no art. 11.3 das Regras Mínimas da ONU para

a Administração da Justiça da Infância e da Juventude: “toda remissão que signifique encaminhar o jovem a instituições da comunidade ou de outro tipo dependerá do consentimento dele, de seus pais ou tutores [...]”. Assim, resta-se evidente que, desassistido de defesa técnica, o consentimento não será salutar, pois consentimento não plenamente informado não é consentimento.

Por isso, doutrinadores como João Batista da Costa Saraiva (2002, p. 59-60) também reforçam a necessidade de defensor nesse momento

Evidentemente que se na remissão concertada pelo Ministério Público, de caráter pré-processual, vier proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, em nome do contraditório, haverá de o adolescente estar acompanhado de Defensor na audiência pré-processual realizada junto ao Ministério Público onde operou-se a transação, expressa na remissão.

Porém, mais uma vez, parece que o nosso Tribunal de Justiça de Santa Catarina tende a entender o contrário, mesmo quando juiz de primeiro grau não homologa remissão cumulada com medida socioeducativa pelo fato do adolescente não estar assistido por defensor na oitiva informal, condicionando à nova audiência

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A FURTO. OFERECIMENTO DE REMISSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A APLICAÇÃO DE LIBERDADE ASSISTIDA. DECISÃO QUE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE ADVOGADO NA OUVIDA DOS ADOLESCENTES PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA, CONDICIONA A HOMOLOGAÇÃO DA REMISSÃO À NOVA AUDIÊNCIA, COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO ATO. PRESCINDIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. Da natureza do procedimento de oitiva do adolescente pelo Ministério Público que culmina com o oferecimento da remissão, ato este informal e administrativo, decorre sua não sujeição ao contraditório e à ampla defesa. A remissão, de outra parte, não acarreta o reconhecimento da responsabilidade do adolescente pela prática do ato infracional, tampouco vai de encontro ao enunciado da Súmula 108 do STJ, porquanto sua validade está condicionada à homologação judicial (art. 181 do ECA). Assim, mostra-se despiciendo condicionar a homologação da remissão à designação de nova audiência para oitiva do adolescente acompanhado de advogado. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.032665-0, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 21-11-2013). (Grifo nosso)

A questão é que, atrás do discurso que legitima a cumulação, está a falsa ideia de que as medidas socioeducativas são meramente pedagógicas, existindo apenas com a função de fazer o “bem” para o adolescente. E foi com base nisso que o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a não inconstitucionalidade parcial do artigo do Estatuto que autoriza a cumulação de remissão com medida socioeducativa

Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no caso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido. (STF. RE 229382, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2002, DJ 31-10-2002 PP-00020 EMENT VOL-02089-02 PP-00231).

Ocorre que, ainda que a proposta da Doutrina da Proteção Integral seja que o adolescente que recebe medida socioeducativa possa ser conduzido a uma melhor compreensão da realidade e efetiva integração social, essas medidas também carregam propósitos coercitivos e punitivos. Conforme expõe Wilson Donizeti Liberati (2012, p.117)

As medidas socioeducativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento integral empreendido, a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social. Isso não representa a retirada do aspecto sancionatório-punitivo das medidas. Ao contrário, as medidas socioeducativas têm, nitidamente, natureza punitiva, mas são executadas por meio de um conjunto de ações que combinam educação e convivência social na família e na comunidade.

Apesar de o promotor estar autorizado a aplicar apenas medida socioeducativa não privativa de liberdade nesse momento da oitiva informal, há que se aduzir que qualquer sanção se presume seguida de culpabilidade. Assim, mesmo que as medidas de maiores intervenções na vida dos adolescentes (semiliberdade e internação) estejam descartadas nesse momento e que a aplicação de qualquer medida cumulada com a remissão, teoricamente, não imputa responsabilidade pelo fato nem gera antecedente, aos olhos de quem cerca o adolescente (família, amigos, escola, comunidade) é que se há “pena” para ele cumprir, é porque há confirmação de prática de ato infracional que a precedeu.

Sem contar a possibilidade que a medida socioeducativa poder ser regredida caso haja o descumprimento. Apesar de grande discussão doutrinária, e tendo a maior parte da doutrina comprometida com as garantias dos adolescentes se posicionado contra essa possibilidade, não há como garantir que, na prática jurídica, mais uma vez, a proteção integral e a garantia do devido processo legal sejam descartadas. Assim, uma medida aplicada em sede de oitiva pode se tornar uma restritiva de liberdade, mesmo sem a presença do devido processo legal.

Portanto, mesmo que não seja objeto principal de estudo e análise desse trabalho, se faz importante a leitura para além do que se está disposto.

### 5 Do direito à defesa técnica ao adolescente em todas as etapas

O direito à defesa técnica decorre de inúmeras previsões no nosso ordenamento jurídico. Entre o mais geral está o inc. LV do art. 5º da Constituição Federal que prevê “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”, e entre a mais específica às pessoas em condição peculiar de desenvolvimento está o inciso IV do parágrafo 3º do art. 227 também da Constituição, que dentro da proteção especial prevê a “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”.

Sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente a então “legislação tutelar específica”, a qual prevê, em seu art. 207, *caput*, que “nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor”.

O direito à defesa é amplo e irrestrito. Assim, todo cidadão processado não tem direito simplesmente à defesa, mas à ampla defesa, tanto em processo judicial ou administrativo como previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. “E por defesa ampla não se pode entender defesa reduzida à etapa judicial do procedimento, iniciada apenas com o recebimento da peça inaugural por despacho do juiz” (HESPANHOL; SOARES, 2005, p. 107).

Deste modo, o direito à defesa técnica abrange antes e depois do processo de conhecimento, acompanhando as fases administrativas extraprocessuais até a execução de sentença. Dura desde quando surge a imputação – ainda que não formalizada – até quando a pretensão executória se extingue.

Do direito à defesa técnica deriva-se o direito à assistência jurídica, que é dever do Estado de custear aos que não dispõem de condições econômicas ou sociais e aos

hipossuficientes presumidos, como é o caso de crianças e adolescentes. Por isso, o Estado está obrigado a disponibilizar defesa técnica a essas pessoas acusadas de crimes (ou ato infracionais) desde a etapa inquisitorial. Todos esses direitos também têm previsão internacional nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, da qual consta

7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

Assim, resta irrefutável à todas as pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, detentores de absoluta prioridade, o direito à assistência jurídica desde a fase policial.

### **5.1 A obrigatoriedade da presença de defensor na oitiva informal como condição de validade do ato**

Equiparar a fase do art. 179 do Estatuto à fase policial trata-se de um grande equívoco. Quando os Tribunais de Justiça e o STJ colocam a oitiva como um mero procedimento extraprocessual, ignorando todo o abuso que nela vem sendo gerado por parte do Ministério Público, fica claro a falta de comprometimento do judiciário em garantir ao adolescente todos seus direitos e garantias dados pela nossa atual do plano internacional, pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa linha de raciocínio do STJ em considerar a oitiva discricionária à vontade do *Parquet*, mas ao mesmo tempo como uma oportunidade do adolescente realizar sua autodefesa dos fatos<sup>3</sup>, sem a necessidade de acompanhamento de defensor, e isso tudo sem violação ao

<sup>3</sup> APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **REPRESENTAÇÃO REJEITADA POR NÃO TER SIDO REALIZADA A OITIVA INFORMAL DOS ADOLESCENTES. DESNECESSIDADE. PROVIDÊNCIA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA, PRÉ-PROCESSUAL, QUE TEM POR DESTINATÁRIO O PARQUET. ATO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO PRESSUPOSTO AO OFERECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA AUTODEFESA EM JUÍZO.** REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "Não se afigura indispensável a realização da oitiva informal do adolescente se o representante do Ministério Público entende estarem reunidos elementos de convicção suficientes para amparar a representação" (STJ - REsp. n. 662.499/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 07/12/2004). (TJSC, Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.050683-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 21-10-2014). (Grifo nosso)

contraditório e a ampla defesa é totalmente esquizofrênico. Se na oitiva reserva-se ao adolescente seu direito de autodefesa, como pode a promotoria decidir caso a caso se deseja realizar ou não? Como um adolescente – em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, costumeiramente, sem acesso a educação, moradia, quicá a educação em direitos – pode realizar sua autodefesa? Como que o mesmo órgão que caracteriza a oitiva como um mero procedimento administrativo, pode legitimar uma condenação puramente no depoimento dado nessa audiência preliminar?

Por esses e outros questionamentos que André Hespanhol e Francisca de Assis Soares (2005) aduzem que a oitiva informal se encontra em uma fase proto-processual, da qual já sendo processual deve ser regida pelo formato acusatório e não inquisitorial. Tanto que, nulidades ocorridas no inquérito não contaminam a ação como vêm acontecendo na oitiva. Por isso, deve ser condição de procedibilidade da ação socioeducativa a exatidão de sua formalidade prevista em lei. “Ora, se nele praticam-se atos que emprestam validade à ação que advirá, é óbvia a necessidade da presença de um defensor para supervisionar sua regularidade” (HESPANHOL E SOARES, 2005, p. 109).

Em suma, sempre que a oitiva se converter em momento de produção de prova – ou seja, uma proto-instrução – a presença do defensor é absolutamente indispensável.

No momento da oitiva, o Ministério Público, em qualquer dos caminhos que opte por seguir (arquivamento, remissão e representação), ainda que dependam de homologação ou recebimento, exerce forte repercussão no convencimento judicial. Por isso deve ser dado ao adolescente o direito ao contraditório e a ampla defesa para poder influenciar a convicção ministerial no encaminhamento a ser dado. Se a lei e a jurisprudência reconhecem o direito à autodefesa, por derivação lógica, há que se ter defesa técnica também, pois a primeira sem a última não se dá de modo pleno (HESPANHOL; SOARES, 2005).

Portanto, ainda que não haja previsão no artigo 179 da presença de defensor público (ou advogado constituído) no momento da oitiva informal, uma interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico exige que o faça, sob pena de nulidade absoluta do processo por desrespeito ao devido processo legal.

## 6 Projeto de Lei que visa acrescentar um parágrafo no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente

No ano de 2013, a deputada federal Luiza Erundina propôs o projeto de lei nº 5876/2013 que objetiva acrescentar ao art. 179 do ECA o seguinte parágrafo 1<sup>o</sup>:

§ 1º A oitiva do adolescente será necessariamente realizada com a presença do advogado constituído ou defensor nomeado previamente pelo Juiz de Infância e Juventude, ou pelo juiz que exerça esta função, na forma da Lei de Organização Judiciária local.

O aludido projeto de lei foi apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados no dia 03/07/2013, sendo submetido à aprovação e recebendo parecer favorável da Comissão de Seguridade Social e Família. Atualmente aguarda deliberação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O projeto apresenta a seguinte justificativa:

No procedimento de apuração de ato infracional atribuído à adolescente, atualmente pode o representante do Ministério Público proceder à oitiva sem a presença do defensor.

Entretanto, esta fase do procedimento é de suma importância, pois a partir da oitiva do adolescente, o representante do Ministério Público, como titular da ação, irá decidir se oferecerá ou não a representação contra aquele adolescente.

Por se tratar de uma fase procedimental deve, necessariamente, respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil.

Acrescente-se a isso que o artigo 133 da Magna Carta institui que “o advogado é indispensável à administração da justiça”.

E, ainda, que o adolescente deve ser considerado com um ser em desenvolvimento, em sua condição peculiar, necessitando da assistência de um defensor.

Assim, com a presente propositura objetiva-se sanar deficiência existente no Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de assegurar que o adolescente não reste indefeso ao se apresentar ao representante do Ministério Público.

Em que pese o viés positivo que traria a sua entrada em vigor para reforçar a importância da ampla defesa e do contraditório nessa etapa pré (ou proto) processual do adolescente acusado de ato infracional, também necessita de considerações no tocante ao texto do projeto de lei. Por esse mesmo motivo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo emitiu o Parecer nº 12/2014 com intuito de trazer necessárias contribuições, das quais passo a expor.

A primeira está na expressão “defensor nomeado”. Conforme já exposto no segundo capítulo, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita do art. 5º da nossa

<sup>4</sup> Renumerando o atual parágrafo único do artigo como §2º.

Constituição deve ser garantido por meio da Defensoria Pública, sendo, conforme Emenda Constitucional 80 de 2104 e Lei Complementar 80 de 1994, sua função institucional atuar na defesa de adolescente em conflito com a lei.

Portanto, não se trata de simples nomeação de defensor ao adolescente para acompanhamento de sua oitiva informal. A atuação da Defensoria Pública não se dará por ato de nomeação do magistrado, mas em virtude de um dever funcional. Nas palavras do defensor Jonas Zoli Segura, no parecer já citado da DPE-SP (2014, p. 3):

Evidente que a intenção legislativa não é conferir ao juiz a discricionariedade de indicar o advogado que entender conveniente. A defesa do adolescente em conflito com a lei e desprovido de defesa técnica é atribuição da Defensoria Pública prevista no art. 4º, I, V e XI, da Lei Complementar 80/94<sup>5</sup>.

Ainda que as Defensorias Públicas sofram com falta de reconhecimento, estrutura, orçamento e autonomia – e isso reflita na falta de representatividade em texto de lei – o novo Código de Processo Civil trouxe um ar de esperança, ao citar mais de 50 vezes a Defensoria Pública e a figura do defensor público. Portanto, em que pese que a utilização erroneamente do termo “advogado nomeado” tenha um viés histórico baseado na demora da sua regulamentação – e no caso emblemático de Santa Catarina de existir apenas por pressão do STF e após 25 anos do advento da CF/88 – não cabe a uma lei ordinária restringir um direito fundamental.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, não obstante a previsão de acesso de toda criança e adolescente à Defensoria Pública (art. 141, *caput*, ECA), também contém expressões como “nomeado dativo”<sup>6</sup>, que não estão em consonância com o mandamento constitucional. Novamente, no parecer da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2014, p. 5):

Assim, deve ser feita uma interpretação constitucional do art. 141 do ECA, a fim de garantir a todos os necessitados não só assistência judiciária, mas sim a assistência jurídica integral e gratuita, a ser instrumentalizada através da Defensoria Pública. Por isto, devem ser suprimidas do estatuto infanto-juvenil referências feitas a advogados dativos, afastando qualquer discricionariedade judicial de nomeá-los.

<sup>5</sup> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; [...]

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; [...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

<sup>6</sup> Art. 159. Se o requerido não tiver possibilidade de constituir advogado, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, poderá requerer, em cartório, que lhe seja nomeado dativo, ao qual incumbirá a apresentação de resposta, contando-se o prazo a partir da intimação do despacho de nomeação.

Portanto, sendo os adolescentes hipossuficientes presumidos (não necessitando comprovação de renda familiar), exceto quando o mesmo constituir advogado, deve ser intimado pessoalmente<sup>7</sup> o defensor público previamente à realização da oitiva informal.

## 7 Conclusão

O presente trabalho demonstrou que, ainda que a atual Constituição não tenha recepcionado o Código de Menores de 1979, e que logo após tenha surgido um novo Estatuto, com intuito de romper com um passado de violações e objetificações de crianças e adolescentes, ainda existem resquícios minoristas quando na sua aplicação.

Portanto, mesmo que a previsão do procedimento de ato infracional seja clara em como se deve realizar cada fase, assim como sua leitura em consonância com os princípios e garantias às crianças e aos adolescentes previstos no ordenamento jurídico, a prática restou demonstrada de forma diversa.

Desta forma, a presente pesquisa concluiu que a intenção do legislador em oportunizar ao adolescente em conflito com a lei, uma audiência prévia que pudesse preveni-lo de um processo judicial, e que acontecesse de forma informal, horizontal e respeitando seus direitos, transformou-se em mais um instrumento de violação contra o próprio adolescente.

Isso, pois, o que se viu foi uma grande arbitrariedade por parte do Ministério Público, transformando um direito do adolescente em um meio de colheita de provas, de pré-julgamentos, de aplicações de medidas socioeducativas sem o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e ao devido processo legal.

Viu-se também o Poder Judiciário como legitimador dessas violações, abstendo-se de se manifestar sobre a formalização de um ato que deveria ser informal, e ainda negando o pedido de desentranhamento do termo no processo feito pela defesa com o intuito de não contaminar o processo e a convicção do magistrado por uma prova realizada sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Restou demonstrado também que a figura do juiz de menores ainda permanece enraizada nas promotorias e no judiciário. Que o promotor e o juiz da infância e juventude,

<sup>7</sup> Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, **intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa**, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Grifo nosso)

ainda, por muitas vezes, incorporam uma postura paternalista, em que ambos podem decidir o que é ou não melhor para o adolescente, o qual infelizmente ainda é visto como objeto de intervenção estatal.

Desta forma, conclui-se que o acompanhamento do adolescente por defensor pública na oitiva informal é condição de validade do ato, pois sem ele há nulidade absoluta por violação direta aos direitos e garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente e do devido processo legal.

## 8 Referências

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: 15 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 229382**. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 26 jun 2002. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 abr 2016.

HESPANHOL, André; SOARES, Francisca de Assis. A Oitiva Informal e o Respeito aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa. In: FRASSETO, Flávio. **Apuração de ato infracional e execução de medida socioeducativa**: considerações sobre a defesa técnica de adolescentes. 2. ed. São Paulo: Anced, 2005. p. 91-109.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida socioeducativa é pena?. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Crianças e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. 5. p. 1005-1129.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In: CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Cristina Brito. **Introdução Crítica ao Ato Infracional**: Princípios e Garantias Constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 1998.012471-9**. Relator: Desembargador Jorge Mussi. Florianópolis, 27 out.1998. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br](http://www.tjsc.jus.br)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2003.029820-7**. Relator: Desembargador Newton Janke. Florianópolis, 02 mar. 2004. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.040474-4**. Relator: Desembargador Rodrigo Collaço. Florianópolis, 05 mar. 2015. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2014.050683-5**. Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato. Florianópolis, 21 out. 2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2016.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Adolescente em conflito com a lei**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SEGURA, Jonas Zoli (Defensoria Pública do Estado de São Paulo). **Parecer NEIJ n. 12/2014**. Projeto de lei que acrescenta um parágrafo no art. 179 do Estatuto Da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Parecer%20NIJ%20-%20PA%2012-2014.docx>>. Acesso em 17 abr. 2016.

TERRA, Eugênio Couto. **A Idade Penal Mínima como Cláusula Pétreia**. In: Revista Juizado da Infância e Juventude. Nº 2. Porto Alegre: CONSIJ/CGJ, 2004.

## A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DO PERFIL CRIMINOLÓGICO DO MENOR INFRATOR

### THE INFLUENCE OF SOCIETY IN THE FORMATION OF THE CRIMINOLOGICAL PROFILE OF THE MINOR INFRATOR

*Guilherme Flores Schütz\**

**Palavras-chave**: criminologia; sociologia; menor infrator.

**Resumo**: Estudar o comportamento humano não é uma tarefa fácil. A sociedade e suas subdivisões, seus agrupamentos, seus limites e suas necessidades integram distanciamentos sociais e econômicos. O fenômeno da comunidade acaba por criar um abismo entre classes segregadas socioeconomicamente, gerando estigmas de classes altas e baixas, sendo os das mais baixas tratados como anomalias sociais. A busca pelo consumo, pelo maior e melhor acaba por deixar evidenciada a vulnerabilidade das classes segregadas.

Assim, a presente pesquisa tem o intuito de explorar a influência da sociedade na formação do perfil criminológico do menor infrator. O que levou a cometer o ato, a ineficiência do Estado, a falha do sistema na reinserção do jovem na sociedade e a busca por melhorias políticas e sociais para a prevenção de delitos cometidos por adolescentes.

**Keywords**: criminology; sociology; juvenile offender.

**Abstract**: Studying human behavior is not an easy task. A society and its subdivisions, its groupings, its limits and its needs integrate distances and economic. The community phenomenon eventually creates an abyss between socioeconomically segregated classes, generating upper and lower class stigmata, the lowest being treated as social anomalies. The search for consumption, for the greater and better, reveals the vulnerability of the segregated classes.

Thus, a research present in order to explore an influence of society in the formation of criminological profile of the juvenile offender. This has led to the committing of the act, state inefficiency, a failure of the system to reintegrate the youth into society, and the search for political and social improvements in the prevention of juvenile offenses.

\* Graduando do 10º Semestre do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da UPF – Universidade de Passo Fundo. Email: guilhermeschutz@gmail.com. Telefone: (55) 99166-8677

## 1 Introdução

Analisar o papel da sociedade no processo de formação do indivíduo implica no estudo de uma vasta gama de possibilidades e paradigmas. O desenvolvimento social e a criação de valores e princípios são consequências diretas do ambiente e das situações do cotidiano do sujeito. A presente pesquisa objetiva ponderar e refletir acerca a influência da sociedade e sua responsabilidade no desenvolvimento do perfil criminológico do menor infrator sob a perspectiva de questões éticas, morais e de direitos humanos; sociedade e comunidade; segregação, estigmas e criminalidade de jovens vulneráveis, buscando melhorias políticas e sociais para a prevenção de delitos cometidos por adolescentes.

## 2 Um breve apanhado acerca ética, moral e direitos humanos

Tratar sobre comportamento humano e sociedade é impossível se não tratar também sobre ética e moral, sendo aquela a teoria e esta a prática. Tem-se como norte a ideia de que ética é a quantidade de possibilidades e a moral como a possibilidade escolhida. Conforme Vázquez (1997), decidir e agir numa situação é um problema prático moral, mas investigar o modo pelo qual a moral se relaciona com a liberdade aos quais nossos atos estão sujeitos é um problema teórico, cujo estudo é da competência da ética.

Portanto, a possibilidade de o indivíduo trilhar seu caminho e construir seus ideais é exercida de forma livre, sendo o mesmo responsabilizado por suas escolhas, permitindo-lhe observar suas condutas passadas e presentes e organizar suas intenções futuras (FELIZARDO, et al, 2012).

Já para Figueiredo (2007), moral é o conjunto de regras assumidas espontaneamente e conscientemente com a finalidade do indivíduo organizar suas relações interpessoais sob valores do bem e do mal, sendo a ética abstrata, constituindo reflexões sobre noções e princípios que integram a vida moral.

Para Arendt (1951), a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos. A construção de direitos fundamentais e seu reconhecimento ao longo da história se deu lentamente, definindo assim Moraes (2000, p. 39) como “o conjunto de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção

contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. ”

Porém, tratando-se de ética, moral e direitos humanos, de nada adiantam seus reconhecimentos sem sua concretização, visto a distância das classes sociais, evidenciando o abandono estatal para com indivíduos pobres e marginalizados. Para ser efetivo, necessita-se a busca de um ideal efetivo promovendo o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer formas (FELIZARDO, et al, 2012).

Assim, cabe ressaltar o que diz Bauman (2003, p. 102):

Entre as totalidades imaginárias a que as pessoas acreditavam pertencer e aonde acreditavam poder procurar (e eventualmente encontrar) abrigo, um vazio boceja no lugar outrora ocupado pela “sociedade”. Esse termo já representou o Estado, armado com meios de coerção e também com meios poderosos para corrigir pelo menos as injustiças sociais mais ultrajantes. Esse Estado está sumindo de nossa vista. Esperar que o Estado, se chamado ou pressionado adequadamente, fará algo palpável para mitigar a insegurança da existência não é muito mais realista do que esperar o fim da seca por meio de uma dança da chuva.

## 3 Sociedade e comunidade

Acerca sociedade e comunidade, têm-se de distinguir esta e aquela. Nas palavras de Rodrigues (2008), Durkheim caracteriza a sociedade como uma massa de população com certa densidade, distribuída de certa maneira em zonas rurais ou concentradas em cidades, sendo definido como *Morfologia Social* as mudanças da sociedade, em suas composições, seu desenvolvimento e suas densidades. Sociedade caracteriza-se pela sua impessoalidade e sua diversidade.

Para Foucault (2003), a sociedade está em constante mudança, numa transição de sociedade disciplinar em instituições de ensino, hospitalares e prisões para uma sociedade de controle, onde todos vigiam todos e há valorização do indivíduo, onde o cotidiano se torna um espetáculo.

Ademais, Foucault (2003, p. 189) ainda compara a sociedade disciplinar com comunidades puras, sendo estas “duas maneiras de exercer poder sobre os homens, de controlar suas relações, de desmanchar suas perigosas misturas”.

Comunidade caracteriza-se por ser distinta de outros agrupamentos, sendo essa visível onde começa e termina, de pequenos limites populacionais e também de território, sendo autossuficiente, atendendo às necessidades de quem faz parte da mesma (REDFIELD, 1989).

Para Bauman (2003), pertencer a uma comunidade significa renegar parte de sua individualidade para uma estrutura montada, satisfazer necessidades íntimas e construir uma identidade.

Porém, Weber (2004, p. 165) alerta: “o cuidado com os bens exteriores devia pesar sobre os ombros de seu santo apenas 'qual leve manto de que se pudesse despir a qualquer momento'. Quis o destino, porém, que o manto virasse uma rija crosta de aço”.

Alerta esse que pode ser interpretado perante a segregação social e territorial que o fenômeno da comunidade implica. O grande abismo que há entre classes sociais e o preconceito sofrido por estas classes, sendo elas tanto econômicas quanto sociais. Tratando-se de estigmas, Goffman (1988) explica que o termo foi criado pelos gregos, para quando se evidenciava algo de extraordinário ou mau sobre o status moral do indivíduo.

Partindo desse preceito, Bauman (2003, p. 108) diz: “ser pobre numa sociedade rica implica em ter o status de uma anomalia social e ser privado de controle sobre sua representação e identidade coletiva”.

A questão de distanciamentos social, evidenciada hoje no Brasil, pode ser abordada não apenas como fenômenos de sociedade e comunidade, mas também como Goffman (1963, p.118) explícita:

A estigmatização daqueles que têm maus antecedentes morais pode, nitidamente, funcionar como um meio de controle social formal; a estigmatização de membros de certos grupos raciais, religiosos ou étnicos tem funcionado, aparentemente, como um meio de afastar essas minorias de diversas vias de competição.

#### 4 Segregação e criminalidade

Acerca sociedade, comunidade, segregação e estigmas, hei de se ressaltar o significado de gueto. Para Wacquant (2004), gueto era sinônimo de comunidades étnicas. Com o passar do tempo, passou-se a incluir também pobreza e abandono, onde diferentes culturas étnicas começaram a juntar-se com estigmatizados sociais, ressaltando assim os males urbanos, como a criminalidade.

Assim, esses mecanismos de distanciamentos sociais acabam reforçando fatores de raça, pele e condição socioeconômica como sinônimos de criminalidade, tornando assim, moradores do gueto como indivíduos marginalizados e desvirtuados da sociedade.

Partindo desse conceito de gueto, cabe salientar ainda a paradoxalidade do pensamento social, onde Bauman (2003, p. 109) salienta:

A guetificação (*sic*) é paralela e complementar à criminalização da pobreza; há uma troca constante da população entre os guetos e as penitenciárias, um servindo como grande e crescente fonte para outra. Guetos e prisões são dois tipos de estratégia de “prender os indesejáveis ao chão”, de confinamento e imobilização.

Porém, no Brasil não há de se falar em guetos. Há de se falar em favelas. A diferença entre gueto e favela é profunda. Wacquant (2004) explicita que gueto é um espaço de segregação de etnias inferiores e incapazes de se integrarem à dinâmica econômica, moral e cultural de determinada maioria. Já favela, Costa (2013, p. 43) diz: “são espaços de exclusão social originalmente destinada a indivíduos que entre si possuem prioritariamente a pobreza como lugar comum”.

Portanto, guetos tem por fundamento a segregação de uma etnia, podendo ela ser pobre ou não. Já favelas, tem por similaridade a segregação de indivíduos economicamente desprivilegiados, sendo esta formada por maioria afrodescendente, não devendo este ser ignorado.

Assim, exclama-se outra faceta da sociedade. O consumo e a busca do maior e do melhor. Bauman (1999) explica a sociedade de consumo como estratificada, sendo dividida em “classe alta” e “classe baixa”. Partindo desse pressuposto, é nítido o estilo de vida sustentado em relações de consumo, criando assim o confronto com a miséria de adolescentes em vulnerabilidade social (WOLFF, et al. 2006).

Conforme apontado, acerca vulnerabilidade social, cabe salientar o que diz ABRAMOVAY (et al, 2002, p. 13):

O resultado negativo da relação entre a disponibilidade dos recursos materiais ou simbólicos dos atores, sejam eles indivíduos ou grupos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas, culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade. Esse resultado se traduz em debilidades ou desvantagens para o desempenho e mobilidades social dos atores.

Portanto, é mister enfatizar fatores que levam jovens vulneráveis à prática de delitos. Veronese (2005) enfatiza que os principais fatores incluem a exclusão escolar, abandono e falta de estrutura familiar, violência e exploração, na tentativa de encontrar um culpado para questões

socioeconômicas, decorrentes da segregação social e do abandono do estado para com indivíduos de favelas.

### 5 Sociedade e criminalidade de jovens vulneráveis

Partindo do exposto anteriormente, pode-se enfatizar a pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em 2015, ao qual traçou o perfil do menor infrator no Brasil:

Dos adolescentes em conflito com a lei que cumpriam medida socioeducativa de privação de liberdade, 95% eram do sexo masculino e cerca de 60% tinham idade entre 16 e 18 anos. Sobre as características sociais dos adolescentes infratores não existem dados recentes, mas na tentativa de dimensionar essa questão, citam-se aqui os resultados de uma pesquisa realizada pelo IPEA E Ministério da Justiça (2003), que mostram um perfil de exclusão social entre esses adolescentes: mais de 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres.

Cabe salientar ainda os índices dos delitos cometidos pelos indivíduos, ficando as infrações distribuídas em “40% como roubo, 24% tráfico de drogas, seguido de homicídio com 9% e furto com 4% do total” (IPEA, 2015, p. 25). Evidencia-se então o resultado da segregação e do distanciamento de classes. Mais da metade dos adolescentes infratores eram afrodescendentes e maior ainda a taxa de jovens pobres.

Este enfoque permite a compreensão da violência frente a vulnerabilidade do jovem, visto as condições sociais e econômicas desfavoráveis, sob a frustrada integração social que acaba por aumentar a violência e a criminalidade (ABRAMOVAY, et al, 2002).

Assim, delitos como furto e tráfico de drogas, estes em massiva porcentagem, são praticados pelo jovem infrator como uma alternativa para suprir a falta de condições na busca pela melhor condição possível. Como o uso do encarceramento como sanção prioritária, faz-se perceber a inabilidade do poder público de gerir conflitos sociais (Weigert; Carvalho, 2012).

Portanto, a possibilidade de se estudar o meio onde vive o menor infrator para lhe aplicar a sanção correspondente ao crime deve ser levada em consideração, visto a taxa de delitos como roubo e tráfico numa sociedade estigmatizada pelo desfavorecimento socioeconômico da maioria de seus jovens delinquentes.

Por esse viés, pode-se sustentar a ideia da prestação de serviços à comunidade a principal pena alternativa às penas institucionais, perante o pensamento de Shecaira (2008, p. 199): “induzindo no menor infrator a ideia de responsabilidade, de apego às normas comunitárias, de respeito pelo trabalho, bem como produz na comunidade uma sensação de obediência às regras, que é fundamental para a confiança coletiva.”

Assim, pode-se transmitir o pensamento de Foucault (2003, p.261):

Seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo e em nome de todos. É mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que, em princípio, ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas:

Aplicar medidas alternativas às penas institucionais para os delitos de roubo e tráfico seria uma opção viável para que, além de diminuir o contingente de jovens infratores em instituições, ainda proporcionaria condições de inserção numa sociedade não segregada.

Para a presidente da FASE (Fundação de Atendimento Sócio Educativo) em entrevista para mídia regional, segundo apanhado de Wolff (et al. 2006):

Se o jovem voltar para essa sua família e se sua família estiver em condições piores, mais empobrecidas, com mais boca para alimentar, sem chance de emprego e renda, ou trabalho e renda, encontrará condições inclusive para ele reincidir, porque ele não vai ter outras alternativas lá fora. Esse jovem volta para o seu município, ele é cidadão daquela cidade, ele num instante está lá de volta, e ele volta. É jovem e a expectativa de vida é longa, ele vai ficar na sua cidade. Então, a sua cidade tem que voltar o olhar para a sua família, capacitá-la para que ela resolva os seus problemas. Organize-se, tenha profissionalização, tenha chance de renda, e chance de educar e orientar seus filhos para conduzir de forma melhor. Porque, se um jovem está aqui dentro, a doença é da sociedade e daquela família.

Assim, têm-se de ter outra visão para com o jovem infrator. Políticas públicas e reinserção na sociedade são fatores que podem mudar, e muito, a orientação do indivíduo. Porém, não basta trabalhar na ressocialização do jovem e da família.

Portanto, o que é necessário para levar a eventuais mudanças? Posturas da sociedade? Políticas sociais? Nas palavras de Nietzsche (2005, p. 89): “Quem deve enfrentar monstros deve permanecer atento para não se tornar também um monstro. Se olhares demasiado tempo dentro de um abismo, o abismo acabará por olhar dentro de ti”.

### 6 Cultura, escola e socialização

Conforme visto anteriormente, 51% dos jovens infratores não frequentavam a escola quando cometeram os delitos (IPEA, 2015). Não existe a possibilidade de conceber independentemente escola e cultura. Ambas estão interligadas, no caso de que “não há educação que não esteja imersa na cultura da humanidade e, particularmente, do momento histórico em que se situa” (MOREIRA, et al, 2003).

Para ressaltar tal afirmação, cabe citar Sacristán (2001, p. 21):

A educação contribuiu consideravelmente para fundamentar e para manter a idéia de progresso como processo de marcha ascendente na História; assim, ajudou a sustentar a esperança em alguns indivíduos, em uma sociedade, em um mundo e em um porvir melhores. A fé na educação nutre-se da crença de que esta possa melhorar a qualidade de vida, a racionalidade, o desenvolvimento da sensibilidade, a compreensão entre os seres humanos, o decréscimo da agressividade, o desenvolvimento econômico, ou o domínio da fatalidade e da natureza hostil pelo progresso das ciências e da tecnologia propagadas e incrementadas pela educação. Graças a ela, tornou-se possível acreditar na possibilidade de que o projeto ilustrado pudesse triunfar devido ao desenvolvimento da inteligência, ao exercício da racionalidade, à utilização do conhecimento científico e à geração de uma nova ordem social mais racional.

Assim, partindo de um ideal onde escola e cultura são sinônimos (e devem sempre estar associados um ao outro), deve-se ainda ressaltar as “manifestações culturais do direito”. Neto (1987) explica que o direito, como todo e qualquer sistema, é uma peculiaridade das sociedades humanas, necessitando de um projeto de realizações, com normas sociais e prevenções para com condutas antissociais. Cabe salientar ainda Neto (1987, p. 154): “Enquanto os objetos naturais apenas *são* e os valores valem ou *devem ser*, os objetos culturais, e, mais explicitamente os de ordem normativa como o direito, são objetos que, estabelecendo uma ponte entre o ser e o valor, o dever ser, *são* enquanto *devem ser*. “

Este ideal citado anteriormente pode nos levar ao estudo das inter-relações entre direito e cultura, sendo aquele criador deste. Neto (1987) expõe o poder humano de criar cultura, ao passo de que o que deve ser modificado se aquilo lhe interessa, então quase tudo é humano. Ainda ressalta Neto (1987, p. 165): “os modos sociais que vai viver o indivíduo são cultura e não natureza é que eles não lhe podem ser proporcionados pela herança biológica e sim pela tradição social”.

Tal fenômeno de adaptação do indivíduo é denominado “socialização”, ao passo de que o direito é a última instância como socializador, visto que sua presença se faz necessária quando os restantes das etapas não foram capazes de apaziguar o indivíduo.

Afinal, qual o objetivo de se aprofundar em questões quanto à evolução de cultura e escola, direito e socialização? Cabe ressaltar o pensamento de Neto (1987, p. 178), quanto ao enfoque de costumes e direito:

O costume existe ao lado da lei e da jurisprudência dos tribunais. Ou será costume jurídico e, então, como fonte de direito, é um modo de ser, uma manifestação do direito, ou então, como costume ético, mas ainda não jurídico, é expressão moral. O costume será sempre, pois, ou moral ou direito. Não há, pois, como estudar as relações e as distinções entre direito e costume, depois das considerações até aqui expendidas. Se costume moral, é moral, e suas relações e distinções com relação aos fenômenos jurídicos são as mesmas que se observam entre moral e direito.

Ora, pois como citado anteriormente, Vázquez (1997) exemplificava que decidir e agir numa situação é um problema prático moral, mas investigar o modo pelo qual a moral se relaciona com a liberdade aos quais nossos atos estão sujeitos é um problema teórico, cujo estudo é da competência da ética.

Assim, pode-se dizer que a não frequência escolar dos jovens que cometeram infrações está diretamente associada ao fato de que escola é simultaneamente também cultura, ao passo de que, sendo ainda cultura ligada ao direito (este também costume), o conjunto se qualifica como nada mais que relações sociais que decorreram do fenômeno da socialização.

Finaliza assim Neto (1987), onde os sentimentos desenvolvidos frente convivência, é puramente a sociedade socializando. Sendo o direito a forma de controle social mais formal existente, ressalta-se Neto (1987, p. 165):

Da admoestação materna às penitenciárias, do castigo escola aos tribunais, da penitência religiosa ao escárnio popular, a sociedade nos cerca de todos os lados, com instância de socialização. Tais instâncias atuam ensinando-os a colocar-nos em lugar dos outros, de modo a antecipar e prever suas expectativas quanto ao nosso comportamento e o dever que nele vai implícito, graças, especialmente, ao grupo e a tais expectativas.

## 7 Busca por respostas: prevenção e reconhecimento

Perante o exposto anteriormente, resta por destacar, enfim, quais as saídas que existiriam para a prevenção da infração cometida pelo jovem. Para isso, pode-se ressaltar a concretização de direitos sociais, ao passo de que Bucci (2006) explícita os textos da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, onde tais direitos tem função principal de assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar seus direitos individuais (de primeira geração).

Assim, os de segunda geração (direitos sociais propriamente ditos) englobam os direitos econômicos, sociais e culturais. Conforme explícito na Constituição Federal de 1988, inclui-se os direitos sociais, em seu capítulo II, do artigo 6º ao 11º. Define-se como sociais, de forma ampla, Oliveira (2011) destaca, “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” como sendo estes.

Pode-se ressaltar o pensamento de Silva (2006), ao passo de que direitos sociais são prestações positivas que o Estado proporciona, possibilitando melhores condições de vida aos mais fracos, proibindo o Estado certos procedimentos lesivos ao ser humano. Porém, não se concretizam tais direitos. Por mais que estejam consolidadas na Constituição Federal, não se exteriorizam, talvez por posições ideológicas governamentais distintas ou até mesmo simples descaso.

Partindo desse pressuposto, pode-se exaltar a importância das políticas públicas, sendo estas segundo Peters (1986), “política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos”. Cabe aqui expor o pensamento de Souza (2006), ao passo de que políticas públicas permitem distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que de, de fato, faz, envolvendo vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringindo a participantes formais, já que os informais são também importantes, não se limitando a leis e regras.

Ainda, Souza (2006) ressalta que “política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados. Mesmo tendo impactos a curto prazo, é uma política de longo prazo, envolvendo processos subsequentes após sua decisão e proposição, implicando implementação, execução e avaliação”.

Assim, cabe ainda mencionar a questão do também direito social quanto à segurança, sendo esta agente de manutenção da ordem social, com respeito às leis e aos direitos humanos. Conforme explana Sento-Sé (2005, p. 18), “uma política de segurança sensível deve promover a redução da violência criminal. A gestão adequada será aquela que reunir e mobilizar os meios organizacionais, os recursos humanos e os instrumentos de poder para viabilizar a aplicação plena da política adequada”.

Para Honneth (2009), na obra “Luta por reconhecimento”, a identidade de um indivíduo se determina num processo intersubjetivo, mediado pelo mecanismo no reconhecimento,

dando-se este através de três dimensões: amor, solidariedade e direito. Cabe relevar o estudo de Fuhrmann (2013), onde ressalta que a ausência de reconhecimento intersubjetivo e social seria o impulsionador dos conflitos sociais. Ainda, na ideia de Honneth (2009), a formação de identidade do indivíduo se dá através das relações com o próximo (amor), na convivência em comunidade (solidariedade) e na prática institucional (direito).

Pois, visto a necessidade de políticas públicas para assegurar direitos sociais e a necessidade do reconhecimento através do amor, da solidariedade e do direito, Sento-Sé (2005) explana que a atual estrutura governamental brasileira passou por processos históricos e políticos não traduzem as reais exigências para se consolidar uma interpretação dos problemas que cabe ao mesmo enfrentar.

Assim, necessitando de reformas organizacionais na estrutura governamental, pode-se explicitar o pensamento de Sento-Sé (2005, p. 20) para possíveis soluções quanto a políticas públicas e de segurança em três pressupostos:

- (1) Uma nova abordagem da problemática da violência criminal, que reconheça a diversidade de níveis da realidade que envolve (desde a autoestima, a dinâmica dos afetos, o universo imaginário e de valores e a construção identitária até as questões de aprendizado, acesso à escola, ao lazer, ao emprego, além das experiências familiares e comunitárias, de acolhimento, crise, estigmatização e rejeição); (2) um novo sujeito da gestão pública, sensível à complexidade descrita pela nova abordagem e apto a implantar políticas multidimensionais ou multissetoriais; (3) e uma nova aliança com a sociedade, marcada pela transparência, participação e pela assunção de responsabilidades.

## 8 Considerações finais

Conforme todo o descrito na presente pesquisa, pode-se fazer apontamentos quanto à pesquisa do IPEA de 2013, conforme seus dados que explicitam o perfil do menor infrator (na maioria esmagadora do sexo masculino entre 16 e 18 anos e negros, sem frequentar escola, sem trabalhar e vir de famílias consideradas extremamente pobres; sendo os maiores índices de delitos como furto e tráfico de drogas).

Cabe ressaltar Sento-Sé (2005, p; 21) outra vez:

Cerca de 45 mil brasileiros são assassinados por ano, no Brasil. Em algumas regiões das grandes cidades, marcadas pelo drama da desestruturação familiar, do desemprego, da degradação da autoestima, da falta de acesso à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, os números chegam a patamares ainda mais alarmantes. Por outro lado, enquanto o crime se organiza e penetra as instituições públicas, as polícias têm sido, com frequência inaceitável,

ineficientes e, muitas vezes, desrespeitosas dos direitos humanos e das leis – que lhes cabe defender. Os milhares de policiais honestos, competentes e dedicados, que arriscam diariamente suas vidas, tem trabalhado em condições técnicas e organizacionais precárias e não tem recebido o reconhecimento e a valorização que merecem.

Assim, não se trata apenas de reconhecer a imagem do agente segregado através do amor, da solidariedade e do direito, mas também desmistificar culturalmente o enraizado pensamento da associação do indivíduo estigmatizado socialmente e economicamente como infrator. A necessidade da implementação de políticas públicas para assegurar direitos sociais e propriamente a segurança e a manutenção da ordem pública se fazem pertinentes, visto a crise governamental que assombra a política brasileira.

Cabe, por fim, lembrar do personagem “Lester Burnham”, de “Beleza Americana” (1999), com a seguinte citação: “É difícil ficar irritado quando há tanta beleza no mundo”.

## 9 Referências utilizadas

- ABRAMOVAY, Miriam et al. **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas**. Brasília: UNESCO, BID, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/9m26HR>>. Acesso em: 14 out. 2016.
- ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**; tradução, Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**; tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Globalização: as consequências humanas**; tradução, Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BEAUTY American**. Direção: Sam Mendes. Produzido por: Bruce Cohen e Dan Jinks. Dreamworks Pictures, 1999. DVD (121 min). Wide Screen, Color. Escrito por: Alan Ball.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006.
- COSTA, Fernando. Gueto ou favela?. **Romanica Olomucensia**, ed. 25. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/iD7MiP>>. Acesso em: 8 out. 2016.
- FELIZARDO, A. R. (Org). **Ética e direitos humanos: uma perspectiva profissional**; Curitiba: **InterSaberes**, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/aDEhK7>>. Acesso em: 2 out. 2016.
- FIGUEIREDO, A. M.. **Ética: origens e distinção da moral. Saúde, Ética & Justiça**, v. 13, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/Mrp859>>. Acesso em: 6 out. 2016.

- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução, Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis. Vozes, 2003.
- FUHRMANN, Nadia. **Luta por reconhecimento: reflexões sobre a teoria de Axel Honneth e as origens dos conflitos sociais. Barbaroi**, n. 38. Santa Cruz do Sul, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/mqHzLZ>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- GIMENO SACRISTÁN, José. **Educação obrigatória: seu sentido educativo e social**. Porto Alegre: Artmed, 2001.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**; tradução, Mathias Lambert. São Paulo, LTC, 1988.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**; tradução, Luiz Repa. 2. Ed. São Paulo, Editora 34, 2009.
- MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo, Atlas, 2000.
- MOREIRA, A. F. B.; CANDAU, V. M. **Educação escolar e cultura (s): construindo caminhos. Revista brasileira de educação**, nº 21, 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/4ADPZq>>. Acesso em: 13 ago. 2016.
- NETO, Antônio Luis Machado. **Sociologia jurídica**. 6. Ed. São Paulo. Saraiva, 1987.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**; tradução, Paulo César de Souza. Companhia das Letras, 2005.
- OLIVEIRA, C. R. de; OLIVEIRA, R. C. de. **Direitos sociais na constituição cidadã: um balanço de 21 anos. Serviço social e sociedade**, n. 105. São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/gRScjj>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- PETERS, B. G. **American Public Policy**. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986.
- REDFIELD, Robert. **Little Community and peasant society and culture**. University of Chicago, 1989. Disponível em: <<https://goo.gl/T5N1Cg>>. Acesso em: 6 out. 2016.
- RODRIGUES, J. A. (Org.). **Émile Durkheim: sociologia**. São Paulo, Editora Ática, 2000.
- SENTO-SÉ, João Trajano (Org.). **Prevenção da violência: o papel das cidades**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, E. R. A. de; OLIVEIRA, R. M. de. **O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioria penal: esclarecimentos necessários**. Nota Técnica IPEA. Disponível em: <<https://goo.gl/6hDGQV>>. Acesso em: 15 out. 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição - São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, n. 16. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/aAK6bB>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

VÁZQUEZ, A. S.. **Ética**; tradução, João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

VERONESE, J. R. P.. Sistema de justiça da infância e da juventude: construindo a cidadania e não a punição. **Sequência**, Florianópolis, v. 1, n. 50103, p. 103-129, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/GNBmsW>>. Acesso em: 14 out. 2016.

WACQUANT, Loïc. Que é gueto? Construindo um conceito sociológico; **Revista Social Política** n. 23. Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/93wyPr>>. Acesso em: 8 out. 2016.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**; tradução, José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

WEIGERT, M. A. B.: CARVALHO, Salo. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Sequência** (UFSC), Florianópolis v. 33, p. 227-257, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/7Nce6W>>. Acesso em: 15 out. 2016.

WOLFF, M. P. et al. Criminalidade juvenil e estratégias de (des)confinamento na cidade. **Revista Katalysis**, Florianópolis, v. V 9, n.n.1, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/EUWEso>>. Acesso em: 8 out. 2016.

## A JUSTIÇA RESTAURATIVA ENTRE A TEORIA E A VIVÊNCIA: UMA ANÁLISE DE SEUS LIMITES E POTENCIALIDADES PERANTE A CRISE DO SISTEMA PENAL

*Juliana Lobo Camargo\**

**Palavras-chave:** sistema penal; criminologia crítica; abolicionismo, minimalismo; justiça restaurativa.

**Resumo:** A crise do sistema penal tem se desenvolvido entre dois pontos opostos e contraditórios: a deslegitimação e, simultaneamente, a expansão desse sistema. Diante desse cenário, surgiram propostas de alternativas para lidar com os conflitos criminalizados, dentre eles, a justiça restaurativa. A presente pesquisa teve por objetivo analisar esse modelo alternativo de lidar com os conflitos, observando se ele é capaz de superar o paradigma punitivo sustentado pelo sistema penal, de acordo com a criminologia crítica, o abolicionismo e o minimalismo. Para isso, contextualizou-se o atual sistema penal brasileiro. Em seguida, tratou-se das bases da justiça restaurativa, a partir de uma análise de sua origem no sistema de justiça, bem como de suas perspectivas teóricas. Por fim, analisou-se a capacidade da justiça restaurativa de ir além do paradigma punitivo.

**Abstract:** The crisis of the penal system has developed between two opposing and contradictory points: the delegitimation and, simultaneously, the expansion of this system. Given this scenario, proposals for alternatives to deal with the criminalized conflicts have appeared, among them, restorative justice. The present research aimed to analyze this alternative model of dealing with conflicts, observing if it is able to overcome the punitive paradigm sustained by the criminal system, according to critical criminology, abolitionism and minimalism. For this, the current Brazilian penal system was contextualized. Then, the bases of restorative justice were dealt with, based on an analysis of its origin in the justice system, as well as its theoretical. Finally, the capacity of restorative justice to go beyond the punitive paradigm was analyzed.

\* Mestra em Direito pela UFSC (2017). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (2013). Oficiala de Justiça e Avaliadora (TJSC). Membro dos Grupos de Pesquisa e Extensão Universidade Sem Muros (USM/UFSC) e Brasilidade Criminológica (UFSC). Email: julobocamargo@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6349710355418792>

## 1 Introdução

A crise do sistema penal tem se desenvolvido entre dois pontos opostos e contraditórios: a deslegitimação e, simultaneamente, a expansão desse sistema. Tal crise ensejou a proposta de alternativas para trabalhar com os conflitos criminalizados e questionamentos de como (re)inventar esse campo sem criar instrumentos que ampliem o sistema penal, uma vez que as alternativas penais têm sido cooptadas por esse sistema, convertendo-se em penas adicionais e acrescentando novas formas de controle.

Ao priorizar o delito em detrimento do conflito, caracterizado pela infração à norma e não pela produção de um dano a um indivíduo, a lógica do sistema penal atenua a importância do fato considerado como crime na vida das pessoas, ao reduzi-lo a típico, lícito e culpável, merecendo, o ofensor, a reprovação do Estado.

As origens da justiça restaurativa possuem bases tanto teóricas quanto empíricas, agregando conhecimento e experiência de práticas de justiça indígenas dos Estados Unidos, da Austrália, da Nova Zelândia e do Canadá. Esse modelo está centrado nos sentimentos e nas necessidades do ofendido, do ofensor e da comunidade, conferindo-lhes protagonismo durante o processo, por ser um espaço democrático de diálogo e construção.

A justiça restaurativa desperta interesse crescente tanto na academia quanto na prática em diversas instâncias: jurídica, social, escolar, institucionais e na comunidade. Tal importância proporciona o debate para o aperfeiçoamento de seus valores, princípios e práticas. No sistema de justiça, há exemplos de projetos de justiça restaurativa em diversos Estados brasileiros.

A pesquisa se justifica, por um lado, pela necessidade de ultrapassagem do paradigma punitivo e do modelo de sistema penal vigente, em virtude de sua crise de legitimidade e de sua expansão, além da urgência em buscar alternativas à punição e ao controle social exercido pelo Estado.

Por outro lado, busca-se construir uma justiça restaurativa pautada nas características brasileiras, considerando os princípios e valores desse modelo ancestral e conjugando-os com uma base crítica, fundamentada nas matrizes teóricas da criminologia crítica, do abolicionismo e do minimalismo.

Primeiramente, será contextualizado o atual sistema penal brasileiro, conforme as matrizes teóricas da criminologia crítica, do abolicionismo e do minimalismo. Além disso, será averiguada a necessidade de transformação do paradigma punitivo, ainda vigente no discurso desse sistema.

A segunda parte do artigo tratará das bases da justiça restaurativa, a partir de uma análise de sua origem no sistema de justiça, bem como de suas perspectivas teóricas.

Por fim, o desafio da investigação será analisar se a justiça restaurativa é capaz de superar o paradigma punitivo sustentado pelo sistema penal, de acordo com a criminologia crítica, o abolicionismo e o minimalismo.

Destaca-se que as citações diretas e indiretas em idiomas estrangeiros foram traduzidas para o idioma nacional de forma livre pela autora do trabalho.

## 2 A crise do sistema penal e as alternativas de superação<sup>1</sup> desse sistema

A crise do sistema penal tem se desenvolvido entre dois pontos opostos e contraditórios: a deslegitimação e, simultaneamente, a expansão desse sistema. Tal crise ensejou a proposta de alternativas de superação, consciente dos riscos de ampliar o sistema, convertendo-se em penas adicionais e acrescentando novas formas de controle penal.

Acerca da crise do sistema penal, Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 316) pontua:

[...] nós vivemos uma crise do sistema penal e sobretudo da prisão, que é uma crise de legitimidade. A prisão está deslegitimada, mas ela se expande sob o modelo neoliberal, sobretudo norte-americano (a política de tolerância zero é a principal matriz do eficientismo, embora não só, não nos enganemos, há muitas outras coisas).

Mesmo diante da ineficiência do sistema penal, este resiste intocável e irredutível a qualquer movimento de reforma mais profunda, introduzindo apenas modificações superficiais, as quais ratificam as inúmeras promessas não cumpridas desse sistema. Nas palavras de Alessandro Baratta (2011, p. 221-222):

Nas teorias radicais de política criminal, como são as teorias abolicionistas, o critério [de uma política criminal alternativa] funciona no sentido de superar o sistema penal tradicional, e que dita superação fosse efetivamente possível. Nesse sentido, um representante desta perspectiva radical propõe uma tática baseada sobre a distinção estratégica entre reformas positivas (que servem para conservar o sistema em suas funções reais) e reformas negativas (que

<sup>1</sup> O termo é utilizado conforme os ensinamentos de Alessandro Baratta (2011, p. 206): “A primeira [precisão] é que contração ou ‘superação’ do direito penal deve ser contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula seu exercício. [...] A segunda precisão é que, se é verdade que falar de superação do direito penal não significa, certamente, negar a exigência de formas alternativas de controle social do desvio, que não é uma exigência exclusiva da sociedade capitalista, é igualmente verdade que, precisamente no limite do espaço que uma sociedade deixa ao desvio, além das formas autoritárias ou não autoritárias, repressivas ou não repressivas de controle do desvio, que se mede a distância entre os diversos tipos de sociedade”.

produzem reais transformações qualitativas do sistema e servem para superá-lo parcialmente).

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2012), não obstante o eficientismo ser o movimento político-criminal hegemônico, ele tensiona com abolicionismos e minimalismos, os quais redefinem sua identidade:

Minimalismos e abolicionismos constituem não apenas desdobramentos da revolução de paradigmas em Criminologia, mas tensionam o conceito e o campo da política criminal, contribuindo decisivamente para uma revisão de sua identidade ao redefini-la, não como espaço de luta contra a criminalidade, mas como espaço de luta contra a criminalização (minimização-abolição) e abertura de um caminho que vai das penas alternativas (à prisão) às alternativas à pena e ao controle penal, com a transferência dos problemas e dos conflitos definidos como crime a outros campos de controle social (seja dialógico, terapêutico, restaurador, indenizatório, jurídico ou de outro tipo) ou ainda a nenhum campo (autogestão comunitária). Estamos diante do processo de ‘construção alternativa dos problemas e conflitos sociais’ (ANDRADE, 2012, p. 295).

Sob o olhar do “uso alternativo” do direito penal, é necessário considerar que os meios alternativos de controle podem ter mais eficácia, apesar de aparentar menos rigor. Ademais, deve-se evitar uma política reformista e “panpenalista”, a qual se fundamenta em uma ampliação do direito penal e pode causar uma confirmação da ideologia da defesa social, além de legitimar o sistema penal em sua totalidade (BARATTA, 2011).

Ainda, caso as alternativas penais não privilegiem a substituição das penas aplicadas aos crimes de tráfico, roubo e furto – responsáveis pelo maior índice de encarceramento, pela estigmatização e pelo retorno dos criminalizados à prisão – a política de alternativas penais não afetará a criminalização dos pobres e negros, que é, na visão de Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 326): “um dos maiores obstáculos à construção de uma sociedade mais solidária e democrática entre nós”.

O sistema penal distorce os interesses do ofendido e expropria seu direito de dizer seus próprios interesses. Não há justificativa para a presunção do sistema em tutelar interesses que vão além daqueles do ofendido. Sob esse prisma, um caminho estratégico de descriminalização que contemple os conflitos sobre os quais incide a lei penal tem a denominação programática de “privatização dos conflitos” (BARATTA, 1987).

Alessandro Baratta (2011) propõe quatro estratégias para o desenvolvimento de uma “política criminal das classes subalternas”: a adoção de uma política criminal de transformação social e institucional, consciente dos limites do direito penal e pautada no desenvolvimento da igualdade, da democracia, da convivência comunitária e do “contrapoder proletário”; optar por meios alternativos de controle, de despenalização e de redução do sistema punitivo,

substituindo as penas por formas de controle não estigmatizantes e operando uma reforma profunda nas instituições, visando democratizar esses setores do sistema penal; a abolição do cárcere; considerar-se a função da opinião pública na “sustentação e na legitimação do direito penal desigual” e, a partir daí, desenvolver uma consciência alternativa na esfera do desvio e da criminalidade.

Por sua vez, Vera Regina Pereira de Andrade ressalta existir uma ausência de interação entre o saber crítico produzido na academia e o senso comum, no sentido de que “existe uma dificuldade em socializar o saber crítico para além dos muros acadêmicos e torná-lo politicamente relevante nos processos decisórios” (ANDRADE, 2012, p. 298). Além disso, a autora assevera a coexistência entre a soberania do eficientismo e o enfraquecimento do criticismo, uma vez que os modelos minimalistas e abolicionistas são muitas vezes desqualificados ou cooptados pelo sistema penal e tratados como antagonísticos, impondo-se a obrigatoriedade de adotar-se um ou outro.

Por isso, Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 299) pontua: “se do ponto de vista da ordem vigente a continuidade do gigante punitivo é um imperativo, do ponto de vista da dignidade, dos direitos humanos e da própria salvação de vidas humanas despedaçadas, a descontinuidade é que é um imperativo”. A autora propõe, então,

Um pacto político-criminal de descontinuidade, fundado na aliança abolicionismo-minimalismo-garantismo, mas especificamente no abolicionismo como utopia e no minimalismo-garantismo como metodologia (utopia abolicionista com metodologia minimalista-garantista), a partir de uma cuidadosa releitura contextual dos modelos-movimentos de controle social para a periferia latino-brasileira, indo ao encontro de ampla interdisciplinaridade (com a Ética, a História, a Psiquiatria, a Economia Política, a Teoria Política, a Educação, os saberes populares, a Literatura, as Artes etc.), configurando uma ‘Ecologia de saberes’ (ANDRADE, 2012, p. 299-300).

Diante da constatação de que a crise do sistema penal o deslegitima, mas também contribui para sua expansão, uma análise criminológica crítica permite concluir que a crise no sistema penal é estrutural, pois ele se sustenta produzindo e reproduzindo violências, dor, dano e morte, por meio da criminalização de determinadas condutas e da seleção dos homens pobres, jovens e negros da periferia (ANDRADE, 2012).

Não obstante reconheça-se a pluralidade de abolicionismos, de forma geral, os autores abolicionistas, dentre eles, Louk Hulsman, postulam: a extinção do sistema penal e da cultura punitiva através da superação da linguagem e do conteúdo das categorias penais estereotipadas e estigmatizantes presentes em todas as dimensões do sistema penal; e a adoção de formas alternativas de lidar com os conflitos criminalizados.

Por sua vez, os autores minimalistas, dentre eles, Nils Christie, também consideram o sistema penal ilegítimo – assim como o abolicionismo – contudo, estão comprometidos com a redução do sistema penal e com a busca por formas alternativas de lidar com as questões sociais.

Assim, busca-se responder se a justiça restaurativa é capaz de superar o paradigma punitivo ainda sustentado pelo sistema penal, de acordo com os marcos teóricos trabalhados neste primeiro capítulo.

A seguir, será analisada a origem da justiça restaurativa no sistema de justiça, bem como suas perspectivas teóricas.

#### 4 Justiça restaurativa: um conceito aberto e plural

A denominação “justiça restaurativa”<sup>2</sup> no contexto ocidental é atribuída ao psicólogo Albert Eglash (1957-1958), que defendeu a possibilidade de três tipos de respostas ao crime: a retributiva, fundamentada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cuja base seria a reparação. Para ele, a justiça restaurativa estaria caracterizada como “criativa”, por ter a participação dos diretamente envolvidos na busca pela justiça. Entretanto, suas raízes e precedentes são ancestrais.

Ainda que se apresente como um novo modelo alternativo, os fundamentos e as origens da justiça restaurativa não são novos, mas alicerçados em antigas convenções. Este modelo apresenta um vigoroso contexto histórico baseado nas práticas de justiça indígenas e nas tradições de países como Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos e África do Sul.

O modelo restaurativo foi incorporado formalmente na Nova Zelândia após ter se identificado que o sistema de justiça do país era incapaz de dar respostas satisfatórias para a sociedade maori, diante da constatação de que essa população era a clientela do sistema penal. Nessa sociedade, as famílias e as comunidades se reúnem para lidar com os conflitos e definir de que modo enfrentarão os problemas que os afetam. Contudo, havia uma preocupação no tocante à forma como as instituições de acolhimento de crianças e o sistema de justiça juvenil retiravam crianças e adolescentes de suas casas, quebrando o vínculo com a família e a comunidade.

Em virtude das demandas apresentadas pela sociedade maori, em 1989 entrou em vigor o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias, o qual estendeu a responsabilidade às famílias

2 A expressão “justiça restaurativa” acabou por prevalecer na língua portuguesa, embora a tradução mais apropriada de “restorative justice” pareça ser “justiça restauradora” (ANDRADE, 2012).

sobre o que seria feito a respeito dos abusos, do abandono e dos atos infracionais. A reunião do grupo familiar, cujo objetivo era incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais responsáveis, se tornou o meio para a tomada de decisões. Ademais, além dos princípios referentes à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, os valores centrais da justiça restaurativa estavam refletidos no sistema de justiça juvenil da Nova Zelândia, tais como, participação, reparação, cura e reintegração dos envolvidos na infração. Outrossim, as práticas restaurativas se expandiram na Nova Zelândia, como, por exemplo, o encaminhamento alternativo, pela polícia, de processos para responder a infrações menos graves cometidas por jovens, bem como o desenvolvimento da legislação e de processos para a implementação da justiça restaurativa no sistema penal adulto (MAXWELL, 2005).

O interesse pela justiça restaurativa no Ocidente ocorreu em 1974, a partir de um projeto de reconciliação entre ofendido e ofensor em Kitchener, Ontário, no Canadá. Esses projetos comunitários tinham como objetivo mediar conflitos entre ofendidos e ofensores após a sentença (BRAITHWAITE, 2002).

O projeto iniciou a partir de um caso em que dois jovens da cidade de Elmira, localizada na província de Ontário, no Canadá, foram acusados de praticar vandalismo contra vinte e duas propriedades. O caso foi divulgado na região e chegou ao conhecimento do oficial de condicional Mark Yantzi, membro do Comitê Central Menonita de Kitchener, e que estava comprometido na busca de alternativas comunitárias. Apoiado por outro membro do Comitê, Dave Worth, Mark Yantzi propôs ao juiz de direito responsável por apreciar o caso que promovesse um encontro ente ofendidos e ofensores. No início, o magistrado se recusou. Contudo, ao proferir a sentença, determinou que os encontros ocorressem, a fim de que chegassem a um acordo sobre a indenização. O acordo foi realizado e os ofendidos foram ressarcidos de todos os danos, dando início ao Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (ZEHR, 2008).

Nos anos 1980, como resultado da divulgação dos trabalhos dos americanos e britânicos: Howard Zehr (1985, 1995), Mark Umbreit (1985, 1994), Kay Pranis (1996), Daniel Van Ness (1986), Tony Marshall (1985) e Martin Wright (1982); e o empenho dos juizes da Nova Zelândia, Mick Brown e Fred McElrea, bem como da polícia australiana, a justiça restaurativa se tornou um movimento que visava à transformação do sistema penal. Na década seguinte, Lode Walgrave, Alison Morris, Gabrielle Maxwell, Kathleen Daly, Heather Strang e Lawrence Sherman iniciaram suas pesquisas com base em um ponto de vista crítico e ao mesmo tempo construtivo acerca do tema (BRAITHWAITE, 2002).

Kathleen Daly e Russ Immarigeon (1998) consideram os movimentos pelos direitos civis e das mulheres nos anos 1960 como cruciais para o surgimento da justiça restaurativa, antes mesmo do projeto de reconciliação canadense. Para os autores, o movimento pelos direitos civis evidenciava a discriminação racial no sistema de justiça e indicava políticas de desencarceramento, enfatizando a criação de alternativas ao sistema prisional, bem como ressaltava a necessidade de se respeitar os direitos dos presos. Por outro lado, o movimento feminista ressaltava o mau tratamento dos ofendidos pelo sistema penal, mas também estava envolvido nas lutas pelos direitos dos presos, assim como os movimentos sociais. Dessa forma, ambos os movimentos possuíam temas em comum em suas lutas diante das injustiças e indiferenças praticadas pelo sistema oficial.

Dentre as iniciativas sociais implementadas em 1970, Kathleen Daly e Russ Immarigeon (1998) enumeram as que podem ser reconhecidas como restaurativas: direitos dos prisioneiros e alternativas às prisões; resolução de conflitos; projetos de reconciliação vítima-ofensor; mediação vítima-ofensor; grupos de defesa dos direitos das vítimas (*victim advocacy*); conferências de grupos familiares (*family group conferences*); círculos de sentença (*sentencing circles*), dentre outras práticas.

Walgrave (2012) afirma que o movimento feminista, o movimento pelo direito das vítimas, os grupos que lutavam pela redução do encarceramento, os movimentos pela emancipação indígena, o comunitarismo e o abolicionismo penal, este último com base na criminologia crítica dos anos 1970 e 1980, influenciaram sobremaneira a emergência da justiça restaurativa, a qual chega a ser considerada por Daly e Immarigeon (1998, p. 14, tradução nossa) como um “movimento social propriamente dito”<sup>3</sup>

Diante da pluralidade de movimentos e compreensões sobre o assunto, é fundamental buscar compreender o que pode ser entendido como justiça restaurativa.

Por não haver uma teoria monolítica que sistematize todas as experiências de justiça restaurativa, parte-se da ideia de que ela é um conjunto de teorias e práticas, as quais configuram um universo plural e heterogêneo, cujos eixos de articulação se baseiam em princípios e valores. O que caracteriza a sua força é exatamente essa pluralidade.

Por isso, a justiça restaurativa não se trata, segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2012), de um “modelo monolítico”, mas plural, aberto e em construção.

3 No original: “With these strands of thought and activism coming from within and outside academia, it is not surprising that commentators will refer to restorative justice as ‘a movement.’”

A ausência de uma definição, aliada à variedade de objetivos que a justiça restaurativa possa atingir, causam os seguintes problemas: há o risco de que as práticas não respeitem os princípios da justiça restaurativa; e a avaliação dos projetos fica prejudicada, já que não se sabe exatamente quais objetivos se pretende atingir com os projetos de justiça restaurativa.

Entretanto, um dos desafios de definir a justiça restaurativa é não reduzi-la a um tipo de procedimento, o que a transformará em uma simples técnica de resolução de conflitos e retirará sua potência de transformação baseada em seus princípios, conexões e dinâmicas (MUMME; PENIDO, 2014).

Há um questionamento acerca da utilidade de uma definição do tema, em razão do risco de engessamento da teoria (ZEHR, 2012). Contudo, Howard Zehr sugere uma definição para fins operacionais:

Justiça restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível (ZEHR, 2012, p. 49).

Para Gerry Johnstone e Daniel Van Ness (2011, p. 5, tradução nossa), justiça restaurativa é

um movimento social global com enorme diversidade interna. Seu objetivo maior é transformar a forma como as sociedades contemporâneas lidam com o crime e suas formas conexas de comportamento problemático<sup>4</sup>.

Os autores mencionam, ainda, que “a justiça restaurativa é um conceito aberto, internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continuam a se desenvolver com a prática e isso ajuda a explicar porque ele é tão profundamente contestado”<sup>5</sup> (JOHNSTONE; VAN NESS, 2011, p. 8, tradução nossa).

Contudo, os autores afirmam ser impossível estabelecer um consenso sobre a definição da justiça restaurativa e de seus objetivos, tendo em vista a diversidade de pontos de vista acerca do mesmo tema:

No entanto, não há acordo sobre a verdadeira natureza da transformação pretendida pelo movimento de justiça restaurativa. Por exemplo, alguns consideram a justiça restaurativa como uma nova técnica ou programa social que pode ser usado nos nossos sistemas de justiça penal. Outros procuram, em última instância, abolir parte de todo o edifício da punição estatal e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensina, cura, repara e restaura

<sup>4</sup>No original: “The restorative justice movement is a global social movement with huge internal diversity. Its broad goal is to transform the way contemporary societies view and respond to crime and related forms of troublesome behaviour”.

<sup>5</sup>No original: “restorative justice is an appraisive, internally complex and open concept that continues to develop with experience, and that this helps explain why it is so deeply contested”.

ofendidos, ofensores e suas comunidades. Outros, ainda, aplicam a visão de cura e recuperação a todos os tipos de conflito e dano. De fato, o objetivo final e foco principal, eles sugerem, deveria ser sobre a mudança da nossa forma de nos enxergar e nos relacionar com os outros na vida cotidiana (JOHNSTONE; VAN NESS, 2011, p. 5, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Howard Zehr (2012) trabalha a justiça restaurativa em seu sentido negativo. Ele explica o que não é a justiça restaurativa, ressaltando que o modelo não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação; não é mediação; não tem por objetivo principal reduzir a reincidência ou as ofensas em série; não é um programa ou projeto específico; não foi concebida para ser aplicada a ofensas de menor potencial ofensivo ou ofensores primários; não é uma panaceia, nem um substituto para o processo penal; não é uma alternativa ao aprisionamento e não se contrapõe à justiça retributiva.

A fim de nortear os valores a serem seguidos pelos procedimentos considerados restaurativos, Howard Zehr (2012) lista dez valores mínimos a serem respeitados: focar principalmente nos danos causados pelo fato considerado como crime, e não nas regras que foram violadas; preocupar-se com o ofendido e o ofensor e envolver ambos no processo de construção da justiça; trabalhar pelo empoderamento dos ofendidos e atender às suas necessidades; apoiar os ofensores, auxiliando-os a compreender e a cumprir suas obrigações; reconhecer que as obrigações do ofensor não podem ser impostas como castigo, além de ser exequíveis; oferecer oportunidades de diálogo entre os envolvidos; encontrar uma maneira de envolver a comunidade no processo; estimular a integração dos envolvidos; atentar para as consequências indesejadas dos projetos de justiça restaurativa; respeitar todos os participantes (ofendido, ofensor, comunidade e operadores do Direito).

Howard Zehr (2012) elenca, ainda, três pilares ou conceitos centrais da justiça restaurativa: o foco no dano cometido, surgindo uma preocupação inerente com as necessidades do ofendido e seu papel no processo, sem se esquecer do dano vivenciado pelo ofensor e pela comunidade; a consciência de que males ou danos resultam em obrigações, devendo o ofensor ser estimulado a compreender o dano que causou; e, por último, a promoção de engajamento ou participação, sugerindo que ofendidos, ofensores e membros da comunidade desempenhem papéis significativos no processo.

<sup>6</sup>No original: "However, there is no agreement on the actual nature of the transformation sought by the restorative justice movement. For instance, some regard restorative justice as a new social technique or programme which can be used within our criminal justice systems. Others seek ultimately to abolish much of the entire edifice of state punishment and to replace it with community based responses that teach, heal, repair and restore victims, perpetrators of crime and their communities. Still others apply the vision of healing and restoration to all kinds of conflict and harm. In fact, the ultimate goal and primary focus, they suggest, should be on changing the way we view ourselves and relate to others in everyday life".

A justiça restaurativa considera o crime como uma ação causadora de dano a outra pessoa ou à comunidade (SICA, 2007). Para Leonardo Sica (2007, p. 10), "mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como 'prática restaurativa'". Esse dano não precisa, necessariamente, ser material, mas deve ser reconhecido nas dimensões social (entre as pessoas e entre elas e a comunidade), interpessoal e institucional. Assim, reconhece-se o valor do conflito como elemento de compreensão e transformação das relações sociais.

Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 20) afirma que a justiça restaurativa:

baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

Já Mylène Jaccoud (2005, p. 169) propõe a seguinte definição de justiça restaurativa:

A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.

Eduardo Rezende Melo (2005, p. 60) faz um contraponto entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa, pelo contraste em que se apresentam:

Primeiro, a justiça restaurativa expressa uma outra percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acerto horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva. Segundo, a justiça restaurativa foca nas singularidades daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito. Neste duplo contraste a própria fundação da regra se apresenta de outro modo, permitindo o rompimento desta cisão entre interioridade e exterioridade que marca a concepção kantiana e que nos remete à possibilidade de emancipação, com um comprometimento pessoal nas ações e expressões individuais pela elaboração das questões que se apresentam envolvidas no conflito. Terceiro, e principalmente, se o foco volta-se mais à relação do que à resposta estatal, a uma regra abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganha um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão *gauche*, com contornos destrutivos. Quarto, contra um modelo centrado no acerto de contas meramente com o passado, a justiça restaurativa permite uma outra relação

com o tempo, atentando também aos termos em que hão de se acertar os envolvidos no presente à vista do porvir. Quinto, ao trazer à tona estas singularidades e suas condições de existência subjacentes à norma, este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflituosas.

O sistema penal está centrado no autor da infração, no enquadramento legal do crime e na aplicação da pena, ou seja, no passado e em sua reprodução. Por outro lado, considerando que a justiça restaurativa se preocupa com as consequências do crime, o foco está no pós-fato e nas consequências da conduta, buscando-se elementos para lidar de forma justa com cada caso individualmente, importando-se com questões que não são tratadas pelo sistema penal (ACHUTTI, 2014).

A justiça restaurativa foca nas necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade, conferindo-lhes protagonismo durante o processo, por ser um espaço democrático de diálogo e integração. Ao permitir ao ofendido conhecer os motivos do fato que lhe causou um dano, outorga a ele uma maior intervenção, atende à sua carência de informações, permite-lhe reaver a independência e a autonomia retirada dele. O ofendido assume o papel de protagonista no procedimento restaurativo, pois têm os espaços de fala e de escuta resgatados (TIVERON, 2014).

No tocante ao ofensor, a justiça restaurativa é tão sensível às suas necessidades quanto às do ofendido. Ela inclui o ofensor de forma a possibilitar sua aceitação e incorporação na vida comunitária, por meio do cumprimento dos compromissos acordados (TIVERON, 2014). Essa medida colabora para o reconhecimento espontâneo da responsabilidade do ofensor, bem como o estimula a reparar a ofensa, resgatando sua autoestima e autoconfiança, geralmente abaladas pelo conflito. Além disso, a partir de um diálogo com o ofendido, o ofensor pode descobrir emoções e sentimentos de empatia, o conhecimento dos impactos de seus atos e até mesmo seu autoconhecimento.

A comunidade tem o papel de apoiar e facilitar o processo restaurativo e as decisões tomadas pelos envolvidos. Ao participar desse processo, a comunidade resgata seu lugar de fala, hoje ocupado pelo Estado (TIVERON, 2014).

João Salm e Jackson da Silva Leal (2012) entendem que o sistema de justiça limita e reduz a pessoa a um “animal anônimo” ao partir de suposições maniqueístas de culpabilização e retribuição. Consequentemente, afasta-se a possibilidade de restaurar a potencialidade e a condição humanas. Para os autores, a justiça restaurativa não se situa dentro do “poder estatal”, tampouco procura se afastar de suas bases espirituais e comunitárias, dimensões essas tão

importantes do ser humano, e das práticas restaurativas. Outrossim, a justiça restaurativa não está resumida à resolução de conflitos, devendo considerar-se as práticas cuja proposta é “reconstruir a vida em comunidade, sendo uma ética comunitária e emancipatória” (SALM; LEAL, 2012, p. 207). Assim,

O dogmata ou jurista que não aceita a multidimensionalidade humana e todas as suas dimensões, nega na sua ontologia, a potencialidade da Justiça Restaurativa (SALM; STOUT, 2011), motivo pelo qual essa parte do pressuposto de ser construída pelos próprios envolvidos e fora dos espaços estatais oficiais, constituindo-se, assim, em uma juridicidade alternativa (SALM; LEAL, 2012, p. 203).

Na justiça restaurativa, as pessoas envolvidas são reconhecidas em suas diversas faces. As respostas são diversificadas e produzidas pelos envolvidos no fato, pois são os conhecedores das circunstâncias do conflito. O ofensor deixa de ser visto somente como o(a) criminoso(a) ou o(a) inimigo(a), passando a ser enxergado como o pai, o(a) filho(a), a mãe, o(a) vizinho(a), o(a) líder comunitário, o(a) médico(a), o(a) jardineiro(a), o(a) morador(a) da comunidade, o(a) filho(a) do fulano. Assim, ao reconhecer a multidimensionalidade do ser humano, a “justiça restaurativa, por meio das relações interpessoais e da ética coletiva, pode contemplar a sua plenitude” (SALM; LEAL, 2012, p. 211), não impondo rótulos às pessoas envolvidas no conflito.

(...) entende-se claro que tal projeto [de justiça restaurativa] não deve ser pensado como uma dinâmica pronta a ser colocada em prática de cima a baixo, mas sim um processo de construção cultural, política e social, que em grande medida requer tempo e capital humano comum e/ou científico (na forma de consciência), e que se desenvolve, como apresentado, a partir de diversas dimensões; entrecruzando-se, auxiliando e ampliando a infiltração na vida das pessoas envolvidas e das comunidades como figuras coletivas de sociabilidade; permanecendo como estratégias que amplifiquem a sua capacidade empoderadora e produzam uma racionalidade do senso comum insurgente e emancipatória (SALM; LEAL, 2012, p. 209-210).

Salienta-se que a justiça restaurativa não pode ser imposta aos envolvidos. Eles devem ser informados que se trata de uma ferramenta à disposição deles, cuja participação é sempre voluntária e a aceitação pode ser revogada a qualquer momento, sem qualquer prejuízo, pois garantido o retorno aos meios ordinários de jurisdição.

Assim, a justiça restaurativa traz os envolvidos ao centro do processo restaurativo, oferecendo-lhes autonomia para expor seus sentimentos e necessidades, bem como a possibilidade de fala e escuta por meio de um diálogo equilibrado. Diante dessa situação, os participantes deverão construir, conjuntamente, a melhor forma de reparação dos danos causados e de responsabilização (responsabilizar-se em conjunto) dos envolvidos.

A justiça restaurativa concentra-se na restauração das relações interpessoais e da comunidade que foram lesadas pelo fato definido como crime, nas formas de lidar com o conflito, na reparação do dano e dos traumas, na satisfação das necessidades dos envolvidos – ofensor, ofendido e comunidade –, transformando-os em protagonistas do procedimento decisório, “devolvendo-lhes o conflito” que o sistema de justiça penal “confiscou” nas mãos do Estado: o conflito não pertence ao Estado nem ao sistema penal ou a seus operadores, mas às partes. “Este elemento participativo e democrático é considerado a pedra de toque do modelo” (ANDRADE, 2012, p. 336).

A participação do ofendido na construção do acordo restaurativo; o fato de que a ausência de acordo no processo restaurativo e o consequente retorno do caso ao sistema penal não servirá como confissão ou agravará eventual condenação do ofensor; a possibilidade de os participantes acordarem sobre como trabalhar a situação; e a transferência do protagonismo pelos operadores do sistema penal aos envolvidos no conflito são características importantes da justiça restaurativa (ACHUTTI, 2014).

Conforme Eduardo Rezende Melo (2005, p. 64):

o pluralismo que um modelo restaurativo de justiça nos permite entrever é este, de que as avaliações que realizamos não se remetem logicamente a valores dos quais deduzimos as condutas que haveremos de adotar, mas se referem, pelo contrário, a maneiras de ser, de viver, de sentir que haveremos, em nossa singularidade existencial, de procurar estruturar e justificar, com tudo aquilo de que somos providos – sentimentos, paixões, razões –, para nos afirmarmos no mundo. E esta afirmação há de ser feita perante um Outro concreto com o qual nos relacionamos, com seu modo de existência todo diverso, incapaz ele também de, por si, nos entender.

Assim, redefine-se o papel do Estado na resposta ao fato definido como crime, focando-se nas pessoas mais atingidas pela infração a fim de que se tornem protagonistas na construção de um resultado satisfatório para todos os envolvidos (TIVERON, 2014). Dessa forma, ofensor, ofendido e comunidade têm a oportunidade de assumirem suas responsabilidades e de se envolverem, de forma consensual, voluntária e ativa, na reparação dos danos materiais e emocionais.

Howard Zehr (2008, p. 191-192) enfatiza que

a justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita a justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.

Salienta-se que o termo “justiça restaurativa” muitas vezes é utilizado em diversas situações além do sistema de justiça. Por exemplo, ao lidar com conflitos escolares, comunitários, hospitalares, empresariais, dentre outros. Isso proporciona o uso dos procedimentos e das propostas do modelo restaurativo em diversas áreas, contudo, ao possibilitar diversas aplicações e possibilidades, dificulta-se qualquer tentativa de definição ou delimitação do que possa ser “justiça restaurativa”, bem como qual a finalidade devem ser utilizados os procedimentos (WALGRAVE, 2012).

Apesar de ser um modelo complexo, a justiça restaurativa é capaz de sustentar um conceito aberto, que se renova continuamente e se desenvolve com base na experiência ancestral e nas práticas do presente. Rafaella Pallamolla (2009, p. 54) afirma que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”.

No mesmo sentido, afirma Walgrave (2012, p. 11, tradução nossa):

A justiça restaurativa é um produto inacabado. É reino vivo e complexo de diferentes - e em parte opostas - crenças e opiniões, renovando inspirações e práticas em diferentes contextos, embates científicos sobre metodologia de pesquisa e seus resultados. A justiça restaurativa é, ao mesmo tempo, um movimento social com diferentes graus de autocrítica e um domínio da investigação científica com diferentes graus de adequação metodológica. É um campo próprio, à procura de maneiras construtivas de lidar com as consequências do crime, mas também parte de uma ampla agenda socioética e política<sup>7</sup>.

A justiça restaurativa possui diferenças internas, merecendo análise três concepções com propósitos diferentes, mas que se complementam, trabalhadas por Johnstone e Van Ness (2011): a concepção do encontro, a qual enfatiza a liberdade de manifestação dos envolvidos para lidar com o conflito; a concepção da reparação, que foca na reparação do dano; e a concepção da transformação, em que o modelo restaurativo é visto como forma de construção coletiva de justiça, com base nas experiências pessoais dos envolvidos.

A concepção do encontro manifesta uma das principais ideias do movimento, ao sustentar que ofendido, ofensor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de encontrar-se em um local não tão formal como os fóruns e tribunais de justiça (PALLAMOLLA, 2009).

<sup>7</sup> No original: “Restorative justice is an unfinished product. It is a complex and lively realm of different – and partly opposite – beliefs and options, renovating inspirations and practices in different contexts, scientific ‘crossing swords’ over research methodology and outcomes. Restorative justice is, at the same time, a social movement with different degrees of self-criticism and a domain of scientific research with different degrees of methodological adequacy. It is a field on its own, looking for constructive ways of dealing with the aftermath of crime, but also part of a larger socio-ethical and political agenda”.

Renato Sócrates Gomes Pinto analisa a justiça restaurativa sob a perspectiva do encontro. Para ele,

o processo restaurativo tem seu clímax nesse encontro, que não é um simples encontro, mas um encontro restaurativo, que só ocorrerá se presentes os requisitos constitucionais e legais para sua admissibilidade e continuidade, e se observados os princípios, valores e procedimentos restaurativos para se alcançar os resultados buscados e os efeitos projetados.

Nesse encontro as pessoas vivenciarão emoções e racionalidade para formatar um plano que se denominará acordo restaurativo.

Não se trata de um encontro no cenário de um foro ou tribunal, mas fora da estrutura e do ritual judiciário, e não haverá nem juiz, nem promotor, nem advogado, nem escrivão, nem testemunhas, nem documentos, nem perícias. (...)

É um encontro de emoções fortes de ódio, ressentimento, luto, desespero, sentimento de vingança, medo, pavor, mágoa, desconfiança, compaixão, perdão, autoestima, coragem.

Mas se houver disposição, esse encontro restaurativo faz as pessoas chegarem aonde o sistema não vai (PINTO, 2004, p. 16-17).

A concepção reparadora, por sua vez, foca principalmente na reparação do dano causado ao ofendido. Dessa forma, quando um dano é cometido, “a questão central não deveria ser ‘O que devemos fazer ao ofensor?’ ou ‘O que o ofensor merece?’”, mas sim ‘O que podemos fazer para corrigir a situação?’” (ZEHR, 2008, p. 175).

Para Howard Zehr (2008), o primeiro objetivo da justiça restaurativa é atender as necessidades imediatas, principalmente as do ofendido e, após, identificar as necessidades e obrigações mais amplas, colocando o poder e a responsabilidade nas mãos dos envolvidos (ofendido, ofensor e suas comunidades); o segundo objetivo é o de tratar da relação entre ofendido e ofensor, facilitando o diálogo sobre o fato, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades; o terceiro objetivo é focar na resolução dos problemas, concentrando-se não somente nas necessidades presentes, mas nos anseios futuros.

Por último, a concepção da transformação propõe que a justiça restaurativa visa transformar o modo pelo qual as pessoas se compreendem e a forma como se relacionam com o outro. Essa concepção compreende a justiça restaurativa como uma forma de vida, rechaçando qualquer hierarquia entre os seres, e entre eles e o meio ambiente (PALLAMOLLA, 2009).

A mudança de linguagem – conforme proposta abolicionista – é umas das características dessa concepção, que pretende abolir as distinções existentes entre crime e outras condutas que causem dano à pessoa. Para a concepção da transformação, todas as condutas seriam danosas, sendo prioridade identificar quem sofreu o dano, quais suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas (PALLAMOLLA, 2009).

Há consideráveis sobreposições entre essas três concepções. Na verdade, há um terreno comum o suficiente para considerar os defensores de cada concepção como membros do mesmo movimento social, ao invés de membros de movimentos sociais diferentes que, por algum motivo, vieram a se misturar. No entanto, também existem tensões consideráveis entre elas que não são fáceis de dissolver<sup>8</sup> (JOHNSTONE; VAN NESS, 2011, p. 17, tradução nossa).

Para Mônica Mumme e Egberto Penido (2014), a justiça restaurativa é composta por dinâmicas e princípios concretizadores da discussão acerca do conceito de justiça como um valor implicado na melhoria da qualidade de vida das pessoas, as quais são guiadas por marcos legais impostos de cima para baixo, ausente a discussão acerca dos valores que os embasam. Dessa forma, a justiça restaurativa “ensina e resgata o valor na construção das relações justas e éticas” (MUMME; PENIDO, 2014, p. 76), colocando em prática o valor “justiça” nas dimensões relacional, institucional e social, não se limitando a uma técnica de resolução de conflitos, mas a um

feixe de ações coordenadas (um programa) que prevê metodologias de resolução e transformação de conflitos; bem como, concomitantemente, prevê ações que levem à mudança da instituição onde tais práticas são desenvolvidas; e, ainda, prevê a articulação de ‘redes locais’ em torno dessas ações (MUMME; PENIDO, 2014, p. 76-77).

No tocante à dimensão relacional, as práticas restaurativas possuem um ponto comum: o encontro entre ofendido, ofensor, familiares e comunidade, sendo que esses dois últimos podem auxiliar os diretamente envolvidos e se corresponsabilizarem para que a situação conflituosa não se repita. Já a dimensão institucional está focada na convivência estabelecida nas instituições e na comunidade, refletindo sobre as formas de realizar os procedimentos e observando se há uma produção de violência ou se criam maneiras de transformar os atos violentos em condutas de paz. Por fim, a dimensão social foca na articulação da Rede de Garantias de Direitos e na contribuição para resgatar a justiça como um valor, transitando de uma responsabilidade individual para uma responsabilidade coletiva, gerando a construção de uma cultura de responsabilização social (MUMME; PENIDO, 2014).

Não obstante a diversidade entre os trabalhos que tratam do tema justiça restaurativa no tocante à sua profundidade teórica, eles têm em comum o fato de compreenderem a justiça restaurativa não como um simples procedimento ou como um método de resolução de conflitos.

Os autores que tratam do tema convergem ao entender que a justiça restaurativa inclui ofendidos, ofensores, comunidade e instituições ao lidar com o conflito, além de ser capaz de

<sup>8</sup> No original: “Clearly, there are considerable overlaps between these three conceptions. In fact, there is sufficient common ground to regard advocates of each conception as members of the same social movement, rather than as members of quite different social movements which have somehow become entangled. Yet, there are also considerable tensions between them which are not easy to dissolve”.

transformar a maneira como as pessoas se relacionam umas com as outras, pois oportuniza vivenciar a justiça como um valor e opera mobilizando os sentimentos e as necessidades dos envolvidos no conflito.

## 5 Considerações Finais

A crise de legitimidade do sistema penal e sua expansão desenfreada estão sendo pagas pelos ofendidos, ofensores – especialmente os homens jovens, negros e pobres – e os próprios operadores desse sistema com violência, dano, dor e morte. Por isso, é necessário buscar caminhos alternativos para sua superação, a partir do questionamento das estruturas legais.

O presente trabalho contextualizou o atual sistema penal brasileiro, conforme as matrizes teóricas da criminologia crítica, do abolicionismo e do minimalismo. Revelou-se o caráter falacioso do discurso oficial sustentado por esse sistema, o qual é fabricado com base na premissa de que o direito penal visa controlar a criminalidade, considerando-o como um caminho para assegurar a paz social.

Entretanto, verificou-se que a segurança prometida pelo sistema penal nunca foi efetivamente garantida, pois a operacionalização desse sistema ocorre com a produção e a manutenção da violência e da seletividade em todas as suas instâncias de controle. Ademais, constatou-se que a crise do sistema penal é um fenômeno estrutural, porquanto ele se sustenta produzindo e reproduzindo violências, por meio da criminalização de determinadas condutas e da seleção dos criminalizados.

Além disso, a pesquisa averiguou a necessidade de transformação do paradigma punitivo ainda vigente no discurso do sistema penal. Os autores citados nesse trabalho apresentam importantes críticas a esse sistema e propõem alternativas para sua redução e superação, ao indicar o acolhimento de métodos que aproximem os envolvidos no conflito e lhes outorguem a possibilidade de dialogar e construir a melhor solução para seus casos.

Na segunda parte do trabalho, observou-se que a justiça restaurativa não tem uma estrutura rígida e possui um conceito aberto, comportando valores, princípios e finalidades diversos do sistema penal. Assim, por não haver uma teoria monolítica que sistematize todas as experiências de justiça restaurativa, parte-se da ideia de que ela é um conjunto de teorias e práticas, as quais configuram um universo plural e heterogêneo, cujos eixos de articulação se baseiam em princípios e valores. O que caracteriza a sua força é exatamente essa pluralidade.

A justiça restaurativa deve ser pensada coletivamente, a partir de um processo de construção cultural, política e social, o qual exige tempo e mão-de-obra humana. Esse processo se desenvolve a partir de diversas dimensões que se entrecruzam, auxiliando e ampliando a formação das pessoas envolvidas e das comunidades. Além disso, permanece aberto ao diálogo e a novas estratégias que contribuam para expandir sua capacidade de empoderamento, bem como produzir uma racionalidade insurgente e emancipatória.

Não se considera a justiça restaurativa como única alternativa à ultrapassagem da crise do sistema penal, tampouco ela deve alimentar formas de (re)legitimar esse sistema. Por isso, os projetos de justiça restaurativa a serem executados no Brasil devem ser constantemente revisitados e (re)pensados, partindo de uma reflexão acerca do paradigma punitivo e dos riscos de sua ampliação por meio da justiça restaurativa.

O desafio que está posto é não reduzir a justiça restaurativa a um procedimento, pois isso a transformará em somente uma técnica de resolução de conflitos e retirará suas potencialidades. Ressalta-se que as concepções de justiça restaurativa apresentadas no trabalho possuem diferenças, mas também ideias convergentes. Assim, verificou-se que não há apenas uma resposta para a pergunta “o que é justiça restaurativa?”, mas sim diversas construções de um modelo que está em um constante exercício de visitar a teoria e a prática.

## 6 Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e Abolicionismo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da desilusão**. Rio de Janeiro, Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. Princípios de direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objetivo e limite da lei penal. **Doutrina Penal**, ano 10, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 623-650.

\_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002.

CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property*. **The British Journal Criminology**, v. 17, n. 1, 1977.

\_\_\_\_\_. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

\_\_\_\_\_. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.  
 EGLASH, Albert. *Creative Restitution: A Broader Meaning for an old term*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 48, 1957-1958, p. 619-622.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

\_\_\_\_\_. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. *The meaning of restorative justice*. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel w. (Orgs.). **Handbook of Restorative Justice**. Nova Iorque: Routledge, 2011.

MAXWELL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MUMME, Mônica Maria Ribeiro; PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça Restaurativa e suas Dimensões Empoderadoras. **Revista do Advogado**, ano XXXIV, n. 123. São Paulo, 2014.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**: o paradigma do encontro. Brasília: Instituto de Direito Internacional de Brasília, 2004.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Sequência**, Florianópolis, n. 64, jul. 2012, p. 195-226. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/22434>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa**: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014.

WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Nova Iorque: Routledge, 2012.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

\_\_\_\_\_. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

## A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS E O PAPEL DO TABELIÃO

### EXTRAJUDICIAL MEDIATION AS AN INSTRUMENT OF CONFLICT DISPOSAL AND THE ROLE OF THE NOTARY

*Veronica Poffo Tiscoski\**

**Palavras-chave:** Mediação, resolução de conflitos, atividade notarial

**Resumo:** O artigo que segue propõe-se a analisar a mediação como instrumento de desjudicialização de conflitos e verificar se a atividade notarial, em razão de suas qualificações próprias, pode exercer um papel diferenciado no desenvolvimento da mediação na esfera extrajudicial. Por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, buscou-se elencar as principais capacidades técnicas, práticas e jurídicas desenvolvidas pelos notários/tabeliães no exercício de suas atividades próprias e, com a elaboração de um comparativo entre normativos aplicados a uma e outra atividades, tornou-se fácil visualizar o quão próximas elas podem ser consideradas, conjugando-se como positiva a atuação notarial na mediação extrajudicial.

**Key-words:** Mediation, conflicts resolutions, notarial activity

**Abstract:** The following article proposes to analyze mediation as an instrument of conflict misjudicialization and to verify whether the notarial activity, due to its own qualifications, can play a differentiated role in the development of mediation in the extra-judicial sphere. Through the deductive method and bibliographical research, we sought to list the main technical, practical and legal capacities developed by notaries / notaries in the exercise of their own activities and, with the elaboration of a comparative between normatives applied to one and other activities, it became easy to visualize how close they can be considered, conjugating as positive the notarial performance in extrajudicial mediation..

\* Aluna do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania em desenvolvimento no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduada em Direito das Sucessões e Família pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Unidavi – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí.

## 1 INTRODUÇÃO: A EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA E O TABELIÃO

Falar, hoje, que o Poder Judiciário brasileiro se encontra abarrotado de processos é como chover no molhado. O relatório fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do programa Justiça em Números, principal fonte de divulgação de dados estatísticos oficiais a respeito de toda a atividade judiciária no país, indica uma taxa de congestionamento, índice responsável por medir a efetividade do tribunal em um dado período, de 63,4% dos processos de conhecimentos em primeiro grau para o ano de 2015, representando um crescimento de 0,8% em comparação ao índice do ano anterior<sup>1</sup>.

O tempo médio de sentença em uma ação de conhecimento da Justiça Comum, em primeiro grau, no ano de 2015, por exemplo, foi de um ano e onze meses, enquanto que o tempo médio do pendente alcança os três anos e dois meses. Os poucos dados apresentados já são capazes de demonstrar que, a despeito da quantidade de trabalhadores (são 451.497 pessoas trabalhando junto ao Poder Judiciário, entre servidores públicos efetivos, comissionados, terceirizados e estagiários) e dos exorbitantes gastos médios com pessoal (aproximadamente R\$ 46 mil por magistrado, R\$ 12 mil por servidor, R\$ 3,4 mil por terceirizado e de R\$ 774 por estagiário, mensalmente), além dos evidentes gastos com estrutura, existe um constante aumento do acervo processual, demonstrando a total ineficiência do serviço judiciário da forma como esta estruturado atualmente<sup>2</sup>.

Esse contexto, que já vem sendo percebido e acompanhado muito antes do surgimento do programa Justiça em Número é a razão pela qual começou-se a buscar outras formas de resolução de conflitos, porquanto clara a ausência de condições, por parte do judiciário, em atender diretamente todas as demandas que lhe vinham sendo propostas no decorrer do tempo.

Com efeito, inaugurou-se já há algum tempo, e pode-se dizer que foi coroada com a promulgação do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 –, uma nova vertente de trabalho relacionada à desjudicialização e resolução de conflitos, cenário no

<sup>1</sup> Dados estatísticos obtidos por meio de consulta à revista Justiça em números 2016: ano-base 2015, do Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>

<sup>2</sup> Dados estatísticos obtidos por meio de consulta à revista Justiça em números 2016: ano-base 2015, do Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>

qual a atividade notarial vem ganhando grande importância, conforme se depreende de alguns exemplos.

## 2 DESTAQUES POSITIVOS DA ATUAÇÃO NOTARIAL NA DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS.

A título de primeiro e valioso avanço, a Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, foi promulgada para o fim de alterar o Código de Processo Civil vigente à época e possibilitar a realização de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais por via administrativa. O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, previu essas possibilidades desde o princípio. O referido dispositivo assim prevê:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

E ainda:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Não se pode negar que tanto os procedimentos de divórcio e separação consensual quanto os de inventário, quando ausentes discussões a respeito da partilha, são bastante mais céleres do que aqueles que atingem o tempo médio superior ao de um ano, como mencionado inicialmente. Contudo, por existir uma sequência de atos indispensáveis, a esfera judicial, ainda que conte com a anuência de todos os integrantes da lide, sempre será tardia. O simples cômputo existente entre as fases do protocolo, distribuição, autuação e conclusão do pedido inicial, em um Comarca de 1º Grau como a de Ibirama, no Estado de Santa Catarina, costuma exigir o período mínimo de quatro a cinco dias úteis<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Informações obtidas verbalmente junto à Distribuição Judicial do referido serviço.

Como é de praxe a realização de audiência de conciliação para a oitiva dos envolvidos quanto à consensualidade em relação pedido inicial, a lide fica pendente até que se consiga uma brecha na pauta de audiências. Por tratar-se de simples audiência para homologação de acordo, os gabinetes costumam deixar horários vagos para esse tipo de ato que, contudo, nunca chega a acontecer em menos de trinta dias, tendo em vista a necessidade de agendamento com uma antecedência mínima que possibilite a intimação dos envolvidos.

Assim, presumindo-se que nada de contrário aconteça, que não haja recesso forense, excesso de feriados ou férias intermitentes dos servidores responsáveis por cada ato, uma sentença a ser proferida em um processo consensual de divórcio, separação ou inventário judicial levará, ao menos, um período aproximado de 45 (quarenta e cinco) dias.

Contudo, não é com a sentença em mãos que as partes obterão o resultado que objetivam. A partilha de bens e a alteração do estado civil dependerão do registro e/ou averbação da sentença junto aos Registros de Imóveis e Registros Cíveis de Pessoas Naturais, o que acontecerá somente após a expedição dos mandados de averbação e cartas de sentença que, por sua vez, dependem do trânsito em julgado da sentença de homologação. Sendo um pouco otimistas quanto à expedição de tais documentos e levando em consideração o prazo de 15 (quinze) dias para o trânsito em julgado, com sorte, dentro de pouco mais de três meses a parte terá em mãos o documento que necessita.

Analisando o instituto do divórcio/separação consensual e inventário na esfera extrajudicial, pula-se etapas como distribuição, autuação e conclusão. Tem-se o protocolo inicial do pedido do advogado, que deverá estar acompanhado da documentação prevista na Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, sob pena de negatividade de lavratura do ato. Estando toda a documentação em mãos, competirá ao notário verificar a existência de eventuais cessões, fiscalizar o recolhimento dos tributos incidentes no ato e lavrar a escritura que, para todos os efeitos, será levada aos registros competentes.

Junto ao 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Protestos da Comarca de Ibirama, por exemplo, entregando o advogado toda a documentação exigida por lei, tanto as escrituras de divórcio/separação, quanto as de inventário podem ser lavradas no mesmo dia do protocolo, porquanto basta ao tabelião minutar o documento, apresentar às partes para aprovação, lavrar e colher as assinaturas. É certo que a lavratura do ato na mesma data do protocolo é bastante rara, pois em quase todos os procedimentos o tabelião acaba verificando a ausência de algum documento. Além disso, a grande maioria das serventias extrajudiciais, bem como a serventia retromencionada, trabalham com sistemas de revisão, em que um profissional elabora a minuta

da escritura e o outro a corrige, antes mesmo de apresentar às partes para aprovação. Neste contexto, em regra, pede-se o prazo de cinco dias para a prática do ato junto ao Tabelionato de Ibirama o que, em comparação ao período de três meses necessário na esfera judicial, representa um procedimento 5,5 vezes mais rápido.

Não se levando em consideração a serventia de Ibirama, que efetivamente trabalha com seus serviços em dia, o Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina prevê que os atos notariais devem ser finalizados dentro do prazo de 30 (trinta) dias do seu protocolo. Ou seja, mesmo que o procedimento leve o prazo máximo previsto em lei (trinta dias), ainda assim, estar-se-á diante de um procedimento que leva um terço do tempo gasto na esfera judicial, resultando em uma economia que pode ser vista e sentida sob diversas vertentes – de tempo, econômica, de desgaste emocional, etc.

Visualiza-se, assim, que a remessa de atos ao serviço extrajudicial vem ao encontro das necessidades sociais no que diz respeito ao tempo e custo da solução de um determinado conflito. Um caso exatamente igual (em ambos conta-se com a anuência das partes), colocado em esferas diferentes – judicial e extrajudicial – pode ser resolvido em espaços de tempo bastante diversos.

Além desses procedimentos administrativos, que ligam-se aos processos judiciais de conhecimento, encontra-se junto aos Tabelionatos de Protestos um bom meio de coação moral dos devedores ao pagamento, resultando na rápida recuperação de passivos e evitando o ajuizamento de processos de execução. O encaminhamento de títulos a protesto representa uma forma de evitar o ajuizamento de execuções. Grande parte dos devedores que pagariam o débito quando citados, certamente o fariam quando intimados pelo Tabelião de Notas a fazê-lo, sob pena de negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito. Além disso, o sistema de protesto de títulos representa um ótimo de meio de obtenção de recursos que se não fossem por ali cobrados, seriam simplesmente ignorados pela fazenda pública. Como se sabe, a administração pública somente ajuiza ações de execução fiscal com um valor mínimo de dívida - na esfera federal, por exemplo, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional somente autoriza a execução de dívidas acima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Dívidas com valor inferior ao previsto, então, são inscritas em dívida ativa mas não chegam a ser cobradas do devedor, o que resulta em uma receita não alcançada pela Fazenda Pública. Dentro deste cenário, o sistema de protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa representa um interessante meio de recuperação de ativos.

Recentemente, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, tornou-se possível também o protesto de decisões judiciais transitadas em julgado:

Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

§ 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.

§ 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.

§ 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.

§ 4º A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.

Desnecessário mencionar a rapidez do procedimento de protesto. Uma vez protocolado, o título será imediatamente apontado e, no dia útil seguinte, será expedida a intimação do devedor que, após recebê-la, terá o exíguo prazo de três dias para o pagamento, sob pena de protesto e consequente negativação<sup>4</sup>.

Quanto à efetividade do procedimento, segundo informações coletadas e divulgadas pelo Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil (2016, s/p), Seção de Santa Catarina, mais de 65% dos títulos enviados a protesto são resolvidos em até três dias úteis, o que significa que o devedor faz o pagamento do débito diretamente em cartório, ou o negocia com o credor, que acaba por solicitar a retirada do mesmo.

Os exemplos acima mencionados, portanto, representam ótimas formas de colaboração para com a desjudicialização de conflitos e que já vem sendo amplamente utilizados pela atividade notarial no seu dia a dia.

Com a recente priorização do sistema de “Resolução Apropriada de Conflitos”<sup>5</sup> diversos métodos de resolução de conflitos foram mais amplamente debatidos, tornando-se a iniciativa da conciliação uma verdadeira política pública dentro do Poder Judiciário.

O Novo Código de Processo Civil, já em seu terceiro artigo, é inaugurado fazendo menção à conciliação, à mediação a outros métodos de solução consensual de conflitos, os quais deverão ser estimulados pelos profissionais responsáveis pelo andamento do processo -

<sup>4</sup> Procedimento constante da Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997.

<sup>5</sup> O termo Resolução Apropriada de Conflitos foi cunhada pelo Conselho Nacional de Justiça e engloba diversos métodos de resolução de conflitos capazes de, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, indicar possíveis opções para buscar-se o consenso entre as partes.

juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Ao tratar do processo de conhecimento, a lei também prevê, em seu art. 334, que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. Ou seja, em processo de conhecimento, em regra, independente de manifestação das partes, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação, a fim de tentar obter uma solução amigável para o caso proposto.

E é neste cenário que, entre outras formas de conciliação, surge a mediação extrajudicial, a ser desempenhada pelo notário, como um sistema de autocomposição e consequente desjudicialização de conflitos.

### 3 O TABELIÃO NA FUNÇÃO DE MEDIADOR

O sistema notarial adotado pelo Brasil é do tipo latino, de origem romana, no qual a segurança jurídica da transação advém justamente da intervenção do notário/tabelião, que é um particular incumbido dessa tarefa pelo poder público, após prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, a teor do que dispõe o art. 236, §3º, da Constituição Federal. Esse profissional é pessoalmente responsável por todos os atos que emanam de sua serventia, razão por que se exige dele um alto grau de conhecimento técnico e jurídico, além de uma certa habilidade no que diz respeito ao trato com as pessoas, pois devido à grande capilaridade de atividade notarial, os notários são, muitas vezes, a primeira e única ajuda de que se socorrem os indivíduos de cidades pequenas.

Na prática de suas atividades diárias, os notários e tabeliões devem se portar levando em consideração os princípios que regem a disciplina notarial, visto que, apesar de ignorado pela grande maioria dos juristas, o direito notarial possui todo um arcabouço próprio de regras e princípios, tanto formais quanto materiais.

Dentre os diversos princípios aplicáveis à atividade, alguns destacam-se mais quando se tem em mente a função notarial na prevenção de litígios e na desjudicialização de conflitos.

O princípio da imediação corresponde ao fato de que o tabelião deve atuar de forma próxima, ou seja, “imediate”, ao tomador de seus serviços. A atividade notarial caracteriza-se pela “copresencialidade de pessoas (o notário, os clientes, testemunhas, circunstâncias), fatos e coisas” (DIP, Ricardo. 2016, s/p). Não basta ao profissional responsável pela formalização jurídica da vontade das partes (art. 6, inciso I, da Lei 8,935/94) receber a documentação ou

ouvir brevemente os interessados na prática do ato. Por diversas vezes, o indivíduo que procura o tabelião não tem exato conhecimento das possíveis formas por meio das quais poderá atingir o objetivo visado. Cabe ao tabelião ouvir as partes, entender a intenção das mesmas, orientá-las a respeito de quais métodos podem ser utilizados na obtenção do que querem e de eventuais exigências ou obrigações oriundas de suas possíveis escolhas. Trata-se de uma verdadeira fase de indagação. Para Anna Christina Ribeiro Neto (2008, p. 26):

A indagação notarial deve pôr o notário em conhecimento profundo de todos os fatos e informações úteis a respeito da situação concreta. Nesta fase o notário torna-se um confidente das partes, que lhe transmitem informações muitas vezes sigilosas sobre assuntos de natureza familiar, patrimonial ou comercial. Não é suficiente ao notário simplesmente aplicar os preceitos jurídicos à situação concreta, compete-lhe modelar, *ab initio*, todos os atos jurídicos de acordo com a lei considerando suas consequências imediatas e remotas.

Também é responsabilidade do tabelião analisar toda a documentação que diz respeito às pessoas e objetos envolvidos, de modo a verificar a efetiva possibilidade jurídica do negócio pretendido, bem como possíveis providências necessárias ao fiel e eficaz cumprimento do que se propõe.

Inserido em uma comunidade de pequeno porte, onde não há a presença de juízes ou promotores, o tabelião costuma ser a pessoa de confiança de seus membros, não apenas em função de sua capacidade técnica e jurídica para as atividades que lhe são atribuídas, visto que muitas pessoas, diante do simplório conhecimento que possuem, sequer possuem a capacidade de avaliar o real saber técnico deste profissional, mas justamente por se colocar junto à sociedade, ao lado dela, de forma “imediate”, prestando os serviços de que fora incumbido e dando guarida aos anseios dos que lhe procuram, quase que como conselheiros.

Em um método comparativo da atividade notarial à mediação, o princípio da imediação coloca-se ao lado dos princípios da oralidade e informalidade que regem a mediação, a teor do que dispõe a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a “mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Os princípios da oralidade e informalidade na mediação, embora não se confundam, andam de forma conjunta. Enquanto a oralidade versa a respeito da forma como o problema é proposto e discutido – mediante exposição e debate das possíveis soluções de forma oral –, a informalidade liga-se à ausência de uma estrutura pré-estabelecida de como se deve desenrolar a discussão do tema.

Apesar de inexistente qualquer rigorismo a respeito do procedimento deve-se “levar em consideração que os atos praticados devem ser precisos, com clareza, concisão e simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos de tal forma que atenda as necessidades das partes e à compreensão das mesmas” (VILAS-BÔAS, 2009).

Neste contexto, a habilidade desenvolvida pelo tabelião em decorrência do princípio notarial da imediação pode ser facilmente adaptada/revista sob os contornos da mediação extrajudicial. O fato de o tabelião estar próximo da sociedade, atendendo às partes diretamente, faz com que esse profissional aprenda a se comunicar de forma simples, fazendo-se compreender até pelos mais humildes. E essa relação tabelião/sociedade pode facilmente se atenuar, adequando-se à relação mediador/partes, visto que o grau de proximidade/semelhança entre os dois modos de atuação é bastante claro.

Outro princípio notarial que guarda estreita relação com a atuação dos notários na prevenção de litígios, na desjudicialização de conflitos e também da mediação extrajudicial é o da independência funcional. Como bem se sabe, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regula a atividade notarial e registrar e, mais especialmente, a forma de ingresso na atividade, os notários passaram a ser investidos em tal função após prévia aprovação em concurso público e gozam de algumas garantias no que diz respeito ao exercício dessa função. Com efeito, a perda da delegação somente ocorrerá nos casos previstos em lei e dependerá de “sentença judicial transitada em julgado” ou “de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa” (art. 35, Lei 8.935/94).

Sob esta perspectiva, o tabelião possui independência funcional para bem cumprir a sua função, pois não está sujeito aos mandos de eventuais autoridades que o tenham colocado no cargo, como acontecia na legislação anterior, em que tanto a outorga da delegação, quanto a sua extinção, resultavam de mera liberalidade do Poder Executivo, dando azo a apadrinhamentos e manipulação direta do serviço e dos profissionais que o desempenhavam.

Conjugado ao princípio da independência funcional encontra-se o princípio da imparcialidade. Enquanto próximo das partes, compete ao notário orientar e assessor ambas as partes de forma igualitária. Assim como não está sob o jugo de eventual autoridade que o tenha nomeado para a atividade, o notário também não está vinculado à vontade uma única das partes. O tabelião é um terceiro alheio à relação negocial que deve agir de forma a garantir não só a observância dos requisitos legais para a formalização do ato, mas também o equilíbrio contratual entre as partes.

Ao notário, independentemente da parte que o escolheu para a prática do ato, compete esclarecer e orientar todos os envolvidos na relação negocial quanto a todos os detalhes do ato e com os mesmos cuidados.

A imparcialidade do tabelião decorre da lógica do serviço prestado e também de expressa previsão legal, porquanto à ele é aplicado um regime próprio de incompatibilidades e impedimentos, a Lei 8.935/94:

Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.

(...)

Art. 27. No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau.

Leonardo Brandeli (1998, p. 131) afirma que:

O caráter de imparcialidade do agente notarial tem sido posto a coberto pelo legislador mediante um regime de incompatibilidades e inibições, bem como a obrigação de sigilo profissional e um sistema de responsabilidades civil, administrativa e criminal, tudo a fim de mantê-lo intacto e sempre presente.

A independência funcional do notário e a conseqüente imparcialidade observadas no âmbito da atividade notarial traçam um paralelo aos princípios da “imparcialidade do mediador” e da “isonomia entre as partes”, também previstos no art. 2º da Lei 13.140/2015.

A imparcialidade do mediador revela-se no fato de que ele deverá ouvir todas as partes de forma igual e equidistante, não podendo defender ou acolher uma parte em detrimento da outra. O mediador não poderá ter qualquer interesse quanto ao objeto da mediação ou às partes, pois é vedado a ele atuar se houver algum tipo de conflito de interesses. O legislador, sob este aspecto, foi feliz ao aplicar ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz e ao indicar que:

A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas. (art. 5º, Lei 13.140/2015)

Assim, tanto quanto o mediador não pode agir com favoritismos, o notário também não pode agir parcialidade, deslumbrando-se um cenário de mesma forma de atuação tanto de um quanto de outro. Embora diferentes as esferas de atuação, é bastante óbvia a semelhança do “agir com as partes” entre o notário e o mediador, restando mais uma vez claro o

aproveitamento de uma habilidade já desenvolvida pelo profissional da área notarial no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos por meio de mediação.

Partindo pra outra premissa, a segurança jurídica conferida por meio da atuação notarial justifica-se em grande razão por evitar a ocorrência de defeitos do negócio jurídico, a saber o dolo, coação, estado de lesão, fraudes, e por aí vai. Essa segurança jurídica surge respaldada pelas inúmeras medidas tomadas pelo notário no sentido de ancorar o negócio na maior transparência possível quanto à sua legalidade a, ainda, quanto à sua lisura do mesmo entre as partes envolvidas, decorrendo daí o princípio do consentimento.

Toda a atividade notarial decorre da vontade e do consentimento das partes. Todos os atos notarias são precedidos de uma fase chamada rogação (princípio da rogação), em que a parte pugna ao tabelião que pratique determinado ato para alcançar determinado objetivo. Perfectibilizado o ato da rogação, prossegue-se à imediação, já mencionada, e, após a lavratura do ato, ao consentimento das partes, que se manifesta com a assinatura do termo.

Nenhum ato notarial é praticado de ofício e todos os atos dependem do consentimento das partes tanto no diz respeito ao objeto quanto às formalidades observadas. Trata-se de um requisito de toda escritura pública, por exemplo, a leitura do seu conteúdo às partes ou menção de que todos a leram. Sob este aspecto, somente aporá a assinatura na escritura aquelas pessoas que efetivamente consentiram com a prática do ato. O tabelião, como profissional do direito dotado de independência funcional e imparcialidade, age na exata medida da manifestação de vontade das partes, não podendo ir além ou ficar aquém do que lhe foi proposto e com o que consentiram as partes. Assim, ao tabelião compete, antes de colher a assinatura das partes, ler integralmente o ato que praticou e explicar todos os seus termos, de forma a verificar que o consentimento das partes é efetivamente dado sem qualquer tipo de vício.

Aqui, então, traça-se mais um paralelo entre a atividade notarial e o instituto da mediação, uma vez que a lei da mediação também elenca como princípios próprios a “autonomia da vontade das partes” e a “busca do consenso” (art. 2º, Lei 13.140/2015). Ora, não há o que se falar em consenso sem se falar em autonomia das partes. Assim como as partes não podem ser obrigadas a praticar um ato notarial com o qual não concordem, a elas também não poderá ser imposta uma solução com a qual não se declarem inteiramente de acordo.

A busca pelo consenso refere-se à própria finalidade da mediação, onde a solução do conflito deve ser o resultado de um acordo de vontade entre as partes, não sendo possível impor qualquer tipo de decisão, ainda que ela se mostre a mais adequada ao caso em seu sentido jurídico.

Dadas as semelhanças entre a atuação notarial e o procedimento de mediação torna-se fácil reconhecer o notário como profissional do direito naturalmente apto a desempenhar a função de mediador. Não somente a sua aptidão, mas a confiança em que nesse profissional é depositada o tornam uma pessoa ideal para servir como auxiliar da justiça ao longo do caminho pelo qual se trilha solução não conflituosa de demandas.

Luiz Guilherme Loureiro (2015, p.276) traz uma síntese interessante do que foi mencionado acima:

O notário possui os conhecimentos técnicos necessários para aproximar as partes na busca de uma solução ao litígio, informar e esclarecer dúvidas e questões jurídicas e, em caso de acordo, redigir a convenção de mediação sem necessidade da intervenção de outro co-mediador, o que multiplicaria os custos do processo.

No seio notarial, portanto, as partes certamente encontrarão um ambiente propício para compor a solução de seus problemas de forma mais rápida e econômica, já saindo da mediação com uma escritura pública, dotada de fé pública, na qual conste a solução tomada, escritura esta que constitui título jurídico apto a registro em qualquer repartição pública e também passível de execução, em caso de não cumprimento espontâneo pelas partes.

Aliado à capacidade técnica e jurídica já mencionadas, há de se lembrar que as serventias extrajudiciais estão presentes em todas as comunidades, seja por meio dos tabelionatos de notas, em sedes de cidades, ou escritanias de paz, em comunidades de pequeno porte. Nesta perspectiva, até mesmo a pessoa mais simples, por mais distante que esteja de qualquer órgão do Poder Judiciário, poderá usufruir do serviço de mediação.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa desenvolvida, foi possível chegar a conclusão de que não há qualquer empecilho, seja ele formal ou material, para o exercício da atividade de mediação por parte dos notários. Muito pelo contrário, o conhecimento e habilidades de que dispõem os referidos profissionais do direito são de extrema valia e auxiliam sobremaneira a prática da mediação.

Assim, tem-se por confirmada a hipótese básica de que os profissionais da área notarial possuem relevante papel no desenvolvimento da mediação extrajudicial como forma de desjudicialização de conflitos e busca pela paz social.

## 5 REFERÊNCIAS

**Justiça em números 2016:** ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei no 6.015 de 31 de Dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm#art299](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm#art299)>. Acesso em 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protestos de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9492.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm)>. Acesso em 14 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei no 13.140, de 26 de julho de 2015a**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, Brasília, DF: 26 Jul. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015b**. 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: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da Republica 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: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei no 9.492, de 10 de setembro de 1997**. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei no 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

CASSETTARI, Christiano. **Tabelionato de Notas**. São Paulo, Saraiva, 2013.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Notas sobre Notas – Tema VII: Do princípio notarial da imediação**. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pg=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NzY5Mw>. Acesso em 30 out. 2016.

FIORELLI, José Osmir. **Mediação e Solução de Conflitos Teoria e Prática**. São Paulo, Atlas, 2008.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial da Atividade e dos Documentos Notariais**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

\_\_\_\_\_. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

RIBEIRO NETO, Anna Christina. **O Alcance Social da Função Notarial no Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SANTA CATARINA. **Código de normas**. Corregedoria Geral da Justiça, Santa Catarina, 2013. Disponível em: <http://www.colegiorisc.org.br/uploads/1415/alteracoes-novo-codigo-de-normas-tj-do-site-do-colegio.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os Princípios Norteadores da Mediação e o Mediador**. Disponível em: [http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=1635\\_&ver=183](http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=1635_&ver=183). Acesso em: 03 nov. 2016.

## A NATUREZA JURÍDICA DO STATUS MIGRATÓRIO DOS VENEZUELANOS QUE MIGRARAM AO BRASIL ENTRE 2016 E 2017

*Jessica Kindlein Angioletti\**

**Palavras-chave:** migração; refúgio; Declaração de Cartagena; Venezuela; status migratório.

**Resumo:** O presente trabalho concentra-se no estudo do fluxo migratório de venezuelanos ao Brasil, no intervalo de janeiro de 2016 a março de 2017, em razão da carestia de alimentos e remédios, violação dos direitos políticos e interrupção da ordem democrática. A pesquisa procura responder ao seguinte problema: qual o status jurídico dos nacionais venezuelanos que, sem prévia solicitação de visto, vieram residir no Brasil no período relatado? Como hipótese à pergunta levantada aventa-se que esse grupo, tendo em vista o disposto na conclusão III da Declaração de Cartagena, enseja o reconhecimento, quanto ao seu status migratório, da condição de refugiado. A disciplina do direito internacional dos refugiados na região da América Latina conta com um avançado instrumento jurídico que instituiu uma nova hipótese, nos respectivos países signatários, para o reconhecimento do refúgio para além das descritas na Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951 junto com o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. O referido instrumento é a Declaração de Cartagena de 1984, de cujo texto o Brasil é signatário, e internalizou no artigo 1º, inciso III do Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474/1997) pela comprovada ocorrência de grave violação de direitos humanos e da ordem pública. A gestão da política migratória brasileira tem sido marcada pela proeminência da discricionariedade do executivo, especialmente no que afeta a definição do status legal dos migrantes. Essa realidade se transforma com a sanção da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que a despeito dos vetos representa um novo paradigma, e será instrumentalizada por decreto regulamentador ainda não elaborado. Por conseguinte, tendo em conta a transformação dos conceitos no ordenamento jurídico urge refletir sobre as determinações legais quanto ao status migratório da onda ainda ascendente de migração de venezuelanos ao Brasil. O objetivo geral consiste em verificar o status legal do grupo referido. Com os objetivos específicos pretende-se: identificar as razões que levaram os venezuelanos a deixarem o seu país; explicitar e estabelecer quais são as eventuais normas aplicáveis; e, por fim, analisar, a partir da discussão das normas e razões incidentes, qual o status legal mais adequado para a

\* Graduanda da décima fase em Direito pela UFSC; e-mail: [jessicaangioletti@hotmail.com](mailto:jessicaangioletti@hotmail.com); tel.: 48 99640-8733. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9719170371991345>.

caracterização destes deslocados. Os conceitos a serem utilizados têm como marco teórico o direito internacional dos refugiados. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, utilizando-se como delimitações: o espaço temporal de janeiro de 2016 a março de 2017, o espaço geográfico de Venezuela e Brasil, os sujeitos venezuelanos migrantes com fins de residência no Brasil e sem visto. Concluiu-se pelo observado nos fatos do período relatado, nos dispositivos legais atinentes considerando especialmente o Estatuto do Refugiado (Lei nº 9474/97) e mesmo a Resolução Normativa CNIg nº 126/2017, que a hipótese se confirmou parcialmente, vez que o grupo em comento vivenciou a migração forçada ocasionada por grave e generalizada violação de direitos humanos e portanto se enquadra nas condições jurídicas para o reconhecimento do refúgio apesar de não ser essa a interpretação adotada pelo poder executivo brasileiro que se inclinou pelo enquadramento na regularização migratória via normativa de proteção complementar.

**Abstract:** The present work concentrates on the study of the migratory flow of Venezuelans to Brazil, from January 2016 to March 2017, due to the dearth of food and medicines, violation of political rights and interruption of democratic order. The research seeks to answer the following problem: what is the legal status of Venezuelan nationals who, without prior visa application, came to reside in Brazil in the reported period? As a hypothesis to the question raised, it is pointed out that this group, in view of the provisions of Conclusion III of the Cartagena Declaration, meets the requirement to have recognized the status of refugees. The discipline of international refugee law in the Latin American region has an advanced legal instrument which established a new hypothesis in the respective signatory countries for the recognition of the refuge beyond those described in the 1951 Convention on the Status of Refugees together with the Protocol on the Status of Refugees of 1967. This instrument is the Cartagena Declaration of 1984, of which Brazil is a signatory, and internalized in article 1, item III of the Refugee Statute (Law No. 9.474 / 1997) for the proven occurrence of serious violation of human rights and public order. The management of Brazilian immigration policy has been marked by the prominence of the executive's discretion, especially in what affects the definition of the legal status of migrants. This reality changes with the sanction of the new Migration Law (Law No. 13.445 / 2017), which represents a new paradigm, despite the vetoes. It will be instrumented by a regulatory decree not yet drawn up. Therefore, taking into account the transformation of concepts into the legal system, it is urgent to reflect on the legal determinations regarding the migratory status of the still rising wave of migration of Venezuelans to Brazil. The general objective is to verify what the legal status of the referred group is. The specific objectives are:

to identify the reasons why the Venezuelans left their country; make explicit and establish what are the applicable rules; and, finally, to analyze, from the discussion of the norms and reasons incident, which is the legal status most appropriate for the characterization of these displaced persons. The concepts to be used have the theoretical framework of international refugee law. The methodology used was the bibliographic review, using as delimitations: the temporary space from January 2016 to March 2017, the geographic space of Venezuela and Brazil, the Venezuelan migrants with residency purposes in Brazil and without a visa. It was concluded from the facts of the reported period, the legal provisions pertaining especially considering the Refugee Statute (Law 9474/97) and even the Normative Resolution CNIg nº 126/2017, that the hypothesis was partially confirmed, since the group has lived forced migration in consequence of serious and widespread human rights violations and it gives rise to the recognition of the refuge, although this is not the interpretation adopted by the Brazilian executive branch that has been inclined towards the framework of migration regularization through complementary protection regulations.

## 1 Introdução

O presente trabalho concentra-se no estudo do fluxo migratório de venezuelanos ao Brasil, delimitado no intervalo de janeiro de 2016 a março de 2017, em razão da carestia de alimentos e remédios, violação dos direitos políticos e interrupção da ordem democrática.

O problema de pesquisa constitui-se na seguinte indagação: qual o status jurídico dos nacionais venezuelanos que, sem prévia solicitação de visto, vieram residir no Brasil no período relatado supra?

Como hipótese se considerou que o grupo em estudo, tendo em vista o disposto na conclusão III da Declaração de Cartagena, enseja o reconhecimento, quanto ao seu status migratório, da condição de refugiados.

A ascensão da mobilidade humana em nível mundial tem sido objeto de inquietação geopolítica, sociológica e jurídica para a maioria dos Estados. O assunto opõe os limites da soberania e segurança nacional ao respeito integral dos direitos humanos universalmente considerados.

O tema migratório compõe a história do Brasil de maneira especial, sendo uma marca do país o componente multiétnico. Sem embargo, a hospitalidade e o respeito integral aos direitos humanos daqueles que migram, sejam deslocados forçados, refugiados ou migrantes econômicos ainda estão distantes de terem plena efetividade no país.

Nesta perspectiva, urge refletir sobre e identificar o enquadramento do status migratório dos venezuelanos que vieram residir no Brasil no período recente sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional do refugiado, especialmente quando a mobilidade humana pauta transformações legais como a sanção da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017).

São objetivos específicos do trabalho: identificar as razões que levaram os venezuelanos a deixarem o seu país; explicitar e estabelecer quais são as eventuais normas aplicáveis e; por fim, analisar, a partir da discussão das normas e razões incidentes, qual o status legal mais adequado para a caracterização destes deslocados.

Primeiramente, busca-se contextualizar o histórico venezuelano no período em estudo, com destaque para os fatos correlatos à onda migratória e as normas protetivas de direito internacional dos direitos humanos atinentes ao acesso à saúde, à segurança alimentar e à ordem democrática.

Logo após, desenvolve-se uma explanação do panorama jurídico migratório brasileiro a partir da consideração das principais normas aplicáveis à definição do status migratório e respectiva esfera de proteção.

Por fim, debruça-se sobre a confrontação das normas e fatos expostos anteriormente bem como se faz o cotejo entre os sistemas protetivos e suas possibilidades de interseção.

## 2 A história recente e a mobilidade humana venezuelanas

Neste primeiro tópico, pretende-se contextualizar o histórico político e socioeconômico venezuelano no período em estudo, com destaque para os fatos correlatos à onda migratória. Depois de identificado o contexto, a análise se concentrará nos conceitos atinentes ao direito internacional dos direitos humanos que perpassam a presente pesquisa.

### 2.1 Contexto histórico venezuelano em notícias

Conforme atestam as notícias dos meios de comunicação venezuelanos e internacionais, no período em estudo do início de 2016 ao mês de março de 2017, a Venezuela atravessa uma grande crise cujos contornos e conseqüências têm natureza econômica, humanitária e política. O aprofundamento desta crise, cujo início remonta ao ano de 2014,

desencadeou a onda migratória dos seus nacionais. Nos próximos subtópicos, serão retomados alguns dos principais fatores relacionados ao movimento migratório em estudo.

### 2.1.1 Escassez de insumos, medicamentos e atenção básica de saúde

A crise instalada na Venezuela propagou seus efeitos para outras áreas, sendo que o desabastecimento de bens e serviços foi o principal elemento a provocar um verdadeiro desequilíbrio da ordem pública. Embora a origem tenha sido econômica, o agravamento transformou-lhe a natureza e abrangência em política e humanitária.

Neste sentido, em 26 de janeiro de 2016, em busca de prover meios e facilitar assistência internacional em insumos e medicamentos, a Assembléia Nacional declarou crise humanitária de saúde. Simultaneamente, demandou-se a publicação de informação epidemiológica (atualmente suspensa) e convidou as autoridades de saúde para buscar soluções conjuntamente com representantes da indústria de saúde e farmacêuticos, sociedades científicas médica e farmacêutica, e organizações que representam os pacientes. Além disso, a Assembleia Nacional instou o Governo a reconhecer a existência de crise de saúde humanitária, expandida pela escassez de divisas (ASSEMBLEIA NACIONAL DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 2016, p. 2-3).

Em maio, foi aprovada no Parlamento a *Ley Especial para Atender la Crisis Humanitaria en Salud*. Em ato contínuo, a maioria chavista<sup>1</sup> no Tribunal Supremo de Justiça declarou-a inconstitucional. Segundo o presidente Nicolás Maduro, a vigência dessa lei convidaria a uma “intervenção estrangeira”, pois implicava aceitar ajuda de outros países para atender a emergência (MILÍTZA ZÚPAN, 2016, §17).

A insuficiência de atenção básica de saúde, insumos e medicamentos foi informada e objeto de denúncias por parte dos grandes meios de comunicação nacionais e internacionais e de organizações não governamentais (ONGs) como a *Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos* (PROVEA) e a *Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y a la Vida* (CODEVIDA) que denunciaram a situação à Organização dos Estados Americanos.

<sup>1</sup> Termo referente aos apoiadores da política fundada nas ideias, programas e estilo de governo estruturados pelo falecido ex-presidente da Venezuela, Hugo Chávez. A Venezuela foi governada por ele durante 14 anos, desde 1999 até sua morte em 2013. Chávez fundou o Movimento Quinta República, crítico do neoliberalismo e da política externa dos Estados Unidos, eleger-se com uma campanha centrada no combate à pobreza.

Igualmente, destacaram as violações de direitos humanos a Anistia Internacional, o *International Crisis Group*, e a *Human Rights Watch*. Segundo Vinogradoff (2016, §1º), a violência e a carestia de medicamentos alcançaram índices de guerra, com 80% de escassez. Conforme apontaram as entrevistas de médicos venezuelanos faltam os itens mais básicos:

Entre os insumos que faltavam em hospitais públicos se incluíam luvas e gaze estéril, antissépticos, álcool de uso médico, bisturís, agulhas, catéteres, soluções intravenosas, nebulizadores e suturas cirúrgicas. Incluso era comum que faltaram produtos básicos de limpeza (como lavandina [termo informal para designar água sanitária]), que são essenciais para assegurar um ambiente estéril nos hospitais. As condições insalubres têm provocado infecções intrahospitalárias que poderiam ter sido prevenidas.<sup>2</sup> (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016, p. 10, tradução livre).

Os pacientes com condições médicas crônicas como câncer, hipertensão, diabetes e epilepsia e pacientes com transplantes de órgãos sofrem o grave impacto da perda do acompanhamento continuado com medicamentos essenciais. Não conseguem encontrá-los em farmácias públicas, tampouco privadas, acabam precisando recorrer ao exterior ou ao mercado negro, mas os preços tornam as transações inviáveis para grande parte da população. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016, p.10-11)

Em abril de 2016, o chefe da Federação Médica Venezuelana estimou que mais de 94 por cento dos medicamentos que devem normalmente existir em hospitais públicos não estavam disponíveis (JOSÉ MANUEL LUENGO, 2016, §1º).

Em julho de 2016, o presidente da Federação Farmacêutica da Venezuela estimou que 85 por cento dos medicamentos que deveriam se encontrar nas farmácias privadas não estavam disponíveis ou eram difíceis de obter. A falta de insumos e medicamentos básicos contribuiu para agravar complicações médicas em hospitais, incluindo infecções pós-operatórias, como indicaram médicos entrevistados. Alguns médicos têm sustentado tratamentos e alimentação de pacientes a partir dos próprios salários (MILÍTZA ZÚPAN, 2016, §10º).

Mesmo após as proporções internacionais que esta crise humanitária tomou, com o acompanhamento da OEA, o Jornal El Estímulo noticiou que a crise que não foi aplacada e persiste a ausência de antibióticos, hipertensivos e outros anticoagulantes nas farmácias públicas e privadas do país (EFE NOTICIAS, 2017, §2º).

<sup>2</sup> Entre los insumos que faltaban o escaseaban en hospitales públicos se incluían guantes y gasas estériles, antisépticos, alcohol de uso médico, bisturios, agujas, catéteres, soluciones intravenosas, nebulizadores y suturas quirúrgicas. Incluso era común que faltaran productos básicos de limpieza (como lavandina), que son esenciales para asegurar un ambiente estéril en los hospitales. Las condiciones insalubres han provocado infecciones intrahospitalarias que podrían haberse prevenido.

### 2.1.2 Escassez de alimentos

Além da dificuldade em obtenção de assistência básica de saúde, um lado igualmente dramático da realidade venezuelana em estudo é a escassez de alimentos. A inflação, que atingiu o galopante nível de 480% (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2016, §1º), corroeu o poder de compra dos venezuelanos a um nível que chegou a afetar inclusive a capacidade de subsistência da população.

O governo nacional venezuelano utiliza a prática de subsidiar e regular preços em alimentos para combater a carestia. Referida política é executada pela *Superintendencia de Precios Justos (SUNDDE)* e regulada pelo *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos* (publicado em Diário Oficial da República Bolivariana de Venezuela sob o N° 40.340 de 23 de janeiro de 2014 e reformulado parcialmente mediante Decreto N° 1.467 de 18 de novembro de 2014).

Com o aumento exponencial da escassez alimentar, que segundo pesquisa do instituto Datanálisis pode superar 80% (EL DIARIO DE CARACAS, 2016, §1º), a formação de filas no entorno dos supermercados por muitas horas diariamente tornou-se parte do cotidiano das pessoas.

A adoção de uma “dieta de sobrevivência” foi amplamente noticiada na Venezuela, em que 75% dos alimentos consumidos pela população são carboidratos, cuja efeito multiplica a incidência de anemias e desnutrição por deficiência de outros micronutrientes (INGRID MÉNDEZ LÁREZ, 2016, §2º).

No dia 11 de fevereiro de 2016, a Assembleia Nacional firmou *Acuerdo mediante el cual se declara crisis humanitaria e inexistencia de seguridad alimentaria de la población venezolana* para obrigar o governo a apresentar um plano de combate à referida crise e publicação periódica dos dados de escassez (AGENCIA EFE, 2016, §1º).

Por outro ângulo, elevou-se a conflitividade social, com o aumento de saques, contrabando dos itens de preços fixados para revenda no mercado informal – conhecido como “*bachaqueo*”, e tumultos ao longo das filas. “Com uma taxa de 58 homicídios por 100 mil habitantes, hoje a Venezuela só perde para Honduras no ranking dos países mais violentos do mundo.” (YOLANDA VALERY, 2016, §5º). Ainda segundo a repórter Yolanda Valery da BBC Brasil (2016, §14) “só nos três primeiros meses deste ano, pelo menos 170 lojas foram saqueadas em todo o país - uma média de quase 2 saques por dia”.

Em abril de 2016, a criação de uma rede de comitês locais liderados por militares e apoiadores do governo - *Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP)* - foi a

principal medida em que se procurou garantir a distribuição de itens essenciais que estão sujeitos a controles de preços, por entrega dos itens diretamente às pessoas e foi elaborada com o fim de combater ao *bachaqueo* – revenda dos alimentos no mercado informal por preços até 100 vezes mais elevados - e à guerra econômica (YASMÍN OJEDA, 2017, §4º).

Desde a criação dos CLAP, deixaram de serem vendidos alguns itens em supermercados, embora estes ainda sejam a principal fonte de abastecimento de alimentos da população. (MORE CONSULTING, 2016, p. 16). A isto se soma que mesmo após a implantação dos CLAP, a oposição denunciou que morrem 28 crianças ao dia por desnutrição na Venezuela. (LUDMILA VINOGRADOFF, 2016, §1º). A escassez e os preços dos alimentos têm impactado também a frequência das crianças às aulas:

Um estudo recente do governo de Miranda, compilado a partir de uma pesquisa com 3.000 crianças de 210 escolas no estado e 210 professores, descobriu que 30% dos estudantes reconheceram que eles estão comendo uma ou duas vezes por dia e que 56 % faltava às por ter que acompanhar os pais a procurar comida<sup>3</sup>. (JUAN FRANCISCO ALONSO, 2016, §9º, tradução livre).

Ademais, os controladores designados para dirigir os CLAP's devem necessariamente estar vinculados a organizações apoiadoras do governo e membros do respectivo *Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV)*, dessa forma regiões e membros, conhecidos por sua vinculação oposicionista, têm sido muitas vezes desfavorecidos (PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS, 2016, §7º). A discriminação política na distribuição alimentícia está sendo usada como manobra de desmobilização dos adversários de Nicolás Maduro, é o que aponta o presidente da *Fundación Arturo Uslar Pietri (FAUP)*, Antonio Ecarri Angola (EL COOPERANTE, 2016, §1º).

Em decorrência dos indícios destas práticas, em 26 de janeiro de 2017, a Assembleia Nacional venezuelana instaurou uma comissão especial para investigar os mecanismos de controle político da distribuição de alimentos via *Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP)*. (EL NACIONAL, 2017, §3º).

Em 22 de julho de 2016, a fim de aumentar a produção e fortalecer a indústria de alimentos, o Ministério do Trabalho adotou uma estratégia para garantir a segurança alimentar da população; definida como a disponibilidade suficiente e estável de alimentos a nível nacional e o acesso oportuno e permanente a estes pelo público consumidor. (YAMILETH ANGARITA, 2016, §1º).

<sup>3</sup> Un reciente estudio de la Gobernación de Miranda, elaborado a partir de una encuesta a 3.000 niños de 210 escuelas de la entidad y a 210 profesores, reveló que el 30% de los alumnos reconocieron que están comiendo una o dos veces al día y que el 56% ha faltado por tener que acompañar a sus padres a buscar alimentos.

A resolução criou um sistema obrigatório em que as entidades públicas e privadas devem fornecer todos os trabalhadores que se encontram a condição física adequada ou ter conhecimento e experiência em diferentes áreas produtivas para entidades ligadas à indústria alimentar. Como parte deste sistema especial, a entidade em que os trabalhadores são obrigados a prestação de serviços deve pagar o salário do trabalhador, e eles devem fornecer os serviços solicitados para um máximo de 120 dias.

O texto original do decreto não especificou se o trabalhador deveria concordar em ser transferido para sua nova posição, o que levou a amplas manifestações críticas da sociedade venezuelana no sentido de que esta situação iria autorizar o trabalho forçado. Com o propósito de mitigar tais críticas, alguns partidários do governo declararam que a transferência de trabalhadores seria voluntária. (EL NACIONAL, 2016, §1º).

### 2.1.3 Interrupção da ordem democrática

Mesmo antes de a crise humanitária venezuelana alcançar os índices anteriormente relatados, as tensões políticas entre oposição e governo já se caracterizavam por uma forte polarização.

Embora o início da crise remonte ao ano de 2014, quando explodiram manifestações populares que, por sua vez, foram fortemente reprimidas, a polarização política chegou ao seu auge com os resultados das eleições legislativas de 6 de dezembro de 2015 sendo vitoriosa a maioria opositora da coalizão MUD, a qual adquiriu poderosa maioria qualificada de dois terços do Congresso pela primeira vez após 16 anos de governo chavista (BBC MUNDO, 2015, §2º).

O Tribunal Superior de Justiça, considerado seu alinhamento com o poder executivo, impugna a posse de 8 deputados opositores eleitos, sendo que ainda pendiam acusações contra 3 deles no dia de sua posse na Assembléia Nacional. (JOSÉ OSPINA-VALENCIA, 2017, §5º). As impugnações teriam o condão, se procedentes, de derruir a maioria qualificada opositora de dois terços.

No início janeiro de 2016, empossados, os deputados eleitos pela coalizão opositora MUD manifestaram expressamente o objetivo de buscar a saída antecipada do poder de Maduro, que foi eleito em 2013 para um período que termina em 2019. Os caminhos aventados pela oposição para isto são “o referendo revogatório do mandato presidencial - que pode ser ativado a partir de julho, quando Maduro completar metade de sua gestão -, a emenda

constitucional, a renúncia voluntária do governante ou o estabelecimento de uma Assembleia Constituinte” (AGENCIA EFE, 2016, §4º).

O acirramento da crise humanitária intensificou os protestos nas ruas, as manifestações públicas de descontentamento tanto de opositores quanto, especialmente, funcionários e servidores públicos do setor de saúde. As punições e intimidações tornaram-se parte do cotidiano, neste sentido:

Médicos e enfermeiros em hospitais públicos disseram ter sido ameaçados com represálias, incluindo com a demissão de seus cargos, depois de falar publicamente sobre a escassez de medicamentos e suprimentos médicos e a infra-estrutura fraca em hospitais onde trabalhavam<sup>4</sup>. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016, p. 60, tradução livre).

Por sua vez, as notícias de detenções de cidadãos venezuelanos durante protestos e saques em decorrência da escassez de alimentos e tendo sofrido espancamentos e outros maus-tratos durante a detenção tornaram-se cada vez mais recorrentes, como relatam o El País (2016, §1º) e a El Nacional (2016, §1º).

“Na maioria destes casos recentes, os detidos foram acusados por tribunais militares, o que viola o direito a um julgamento justo<sup>5</sup>”. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016, p. 60, tradução livre). Igualmente, não havia provas críveis e contundentes de que os réus estavam envolvidos em atividades que possam ser qualificadas como criminosas. (AGENCIA EFE, 2016, §3º)

Em abril de 2016, o TSJ considerou inconstitucional a lei de anistia a presos políticos (oriundos dos protestos contra Maduro de 2014) sancionada pelo congresso em março. (MARINA FRANCO, 2016, §21). Em 2 de maio de 2016, a oposição entrega ao Conselho Nacional Eleitoral (CNE) 1,85 milhão de assinaturas para o início do trâmite de convocação de um referendo revogatório do mandato presidencial. (MARINA FRANCO, 2016, §23).

Considerando as detenções de caráter político, a declaração de estado de exceção e emergência econômica, as sucessivas declarações de inconstitucionalidade das leis aprovadas pela Assembleia Nacional e a escassez de alimentos, medicamentos e serviços básicos de saúde, o Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), Luis Almagro apresentou, em 30 de maio de 2016, relatório à OEA invocando o artigo 20 da Carta Democrática Interamericana para solicitar a convocação imediata do Conselho Permanente para realizar uma

<sup>4</sup> Médicos y enfermeras en hospitales públicos manifestaron haber sido amenazados con represalias, incluyendo con ser despedidos de sus puestos, después de haber hablado públicamente sobre la escasez de medicamentos e insumos médicos y sobre la precariedad de la infraestructura en los hospitales donde trabajaban.

<sup>5</sup> En la mayoría de estos casos recientes, los detenidos fueron acusados ante tribunales militares, lo cual viola su derecho a un juicio justo.

avaliação coletiva a respeito da interrupção da ordem democrática no país. (SERGIO GÓMEZ MASER, 2016, §1º).

Analogamente ao que se passou na OEA, também no Mercado Comum do Sul (Mercosul), durante todo o ano de 2016, houve negociações em torno da situação política e econômica da Venezuela. O país deveria ter assumido a presidência rotativa do grupo em julho do ano passado sucedendo ao Uruguai, pela regra de revezamento alfabético, todavia, Brasil, Paraguai e Argentina se opuseram. (G1, 2016, §8º).

No dia 1º de dezembro de 2016, a Venezuela foi suspensa de sua condição de membro pleno do bloco, pelo esgotamento do prazo com a falta do cumprimento de diversas exigências para sua adesão. (RÁDIO FRANÇA INTERNACIONAL, 2016, §1º). Com efeito, a decisão significa que o país perderá o direito de voto, mas continua tendo voz, status que se assemelha ao da Bolívia na atualidade. (FEDERICO RIVAS MOLINA, 2016, §1º).

Entre as normas e acordos que não foram incorporados ao ordenamento jurídico da Venezuela, segundo o Itamaraty, estão:

- Acordo de Complementação Econômica nº 18 (1991), que convencionou um programa de liberação comercial conjunto;
- Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (2005), que estabelece que nos países do bloco deve haver "a plena vigência das instituições democráticas e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais;
- Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul (2002), que estabelece que os habitantes de um país membro podem obter residência legal em outro país membro do bloco. (G1, 2016, §5º).

Igualmente, a União de Nações Sul-Americanas (Unasul) participou das negociações para a busca de soluções e estabilidade econômica e política na Venezuela, com mediação exercida pelo Vaticano e missão de ex-premiê e ex-presidentes (José Luis Zapatero, da Espanha; Leonel Fernández, da República Dominicana; e Martín Torrijos, do Panamá). (UNASUR, 2016, §7º).

Contudo, mesmo contando com os esforços de tais organizações internacionais, o diálogo empreendido não resultou em comprometimento do governo de Nicolás Maduro com efetivas medidas de combate aos problemas humanitários, à corrupção generalizada e ao desrespeito às leis democráticas, por não realizar o referendo revocatório e ter adiado as eleições locais de dezembro de 2016.

Tendo isso em conta, no dia 14 de março de 2017, Luis Almagro apresentou um novo relatório ao Conselho Permanente da OEA em que expressou a necessidade, caso a Venezuela não realize eleições no prazo de 30 dias, de aplicação da suspensão do país enquanto Estado-membro da OEA. (LUIS ALMAGRO, 2017, p. 14).

Como se já não estivesse bastante conflituoso o cenário, no dia 29 de março de 2017, o Tribunal Superior de Justiça (TSJ) da Venezuela, decidiu assumir as competências da Assembleia Nacional. (MAOLIS CASTRO, 2017, §1º). A decisão foi forte e internacionalmente condenada como um autogolpe, e clara interrupção da ordem constitucional. (UNIVISION, 2017, §5º).

Após contundentes críticas da Procuradora Geral da República da Venezuela, Luisa Ortega Díaz, que expressou que a decisão de número 156 violava claramente a constituição venezuelana, o TSJ voltou atrás e restaurou as competências e prerrogativas da Assembleia Nacional. (BBC MUNDO, 2017, §2º).

Mesmo assim, dada a persistência da crise, os protestos que se sucederam nas ruas do país continuam a reunir milhares de pessoas e a violência dos embates já causou mais de 20 mortos (AGENCIA EFE, 2017, §2º).

#### **2.1.4 Onda migratória de venezuelanos ao Brasil**

Em busca de oportunidades de prover sua própria subsistência, segurança, saúde e a dos familiares que ficam, fugindo da grave crise econômica, política e humanitária que flagela a Venezuela, estima-se que mais de 30.000 venezuelanos migraram ao Brasil desde 2016, segundo estimativas do governo estadual de Roraima (GRAZIELE BEZERRA, 2017, §2º).

A fronteira entre o Brasil e a Venezuela é seca, pode ser cruzada a pé, e muitos passam por ela sem passar pelo posto da Polícia Federal brasileira, na cidade fronteiriça de Pacaraima. “Com o avanço da crise na Venezuela, os pedidos de refúgio protocolados em Roraima passaram de 9 em 2014 para 234 em 2015, 2.230 em 2016 e 3.000 apenas nos três primeiros meses deste ano”. (TOLEDO; VERPA, 2017, §13).

### **2.2 Conceitos, garantias e obrigações de direitos humanos**

Nesta seção, serão apreciados os principais conceitos, garantias e obrigações atinentes aos fatos e violações de direitos humanos apurados previamente.

#### **2.2.1 Quanto à saúde**

“A saúde é um direito fundamental indispensável para o exercício dos outros direitos humanos<sup>6</sup>” (ONU, 2000, p.1, tradução livre). Primeiramente, no âmbito do sistema universal de proteção dos direitos humanos, a garantia à saúde decorre do artigo XXV da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH).

Compõem a “Carta Internacional de Direitos Humanos” a já citada DUDH de 1948, bem como os dois Pactos Internacionais: o dos Direitos Civis e Políticos de 1966, com seus dois Protocolos opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais de 1966, com seu Protocolo facultativo. Cumpre destacar que a Venezuela é signatária de todos estes instrumentos.

### 2.2.2 Quanto à segurança alimentar

Consoante ao já citado artigo 25 da DUDH, toda pessoa tem direito à alimentação suficiente para lhe assegurar a saúde e bem-estar próprios e de sua família (ONU, 1948, art. 25).

Tanto quanto a saúde, “o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais salienta que o direito à segurança alimentar é inseparável da dignidade inerente à pessoa humana, bem como é indispensável para a satisfação dos outros direitos humanos consagrados na Carta Internacional de Direitos Humanos”<sup>7</sup> (ONU, 1999, p. 2, tradução livre).

Segundo o CDESC, “a diretriz interpretativa do dispositivo supra não deve ser restritiva para equiparar a adequação à segurança alimentar a um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos<sup>8</sup>” (ONU, 1999, p. 2, tradução livre).

Nesta esfera, reforça-se o que está assentado no parágrafo 2º do artigo 1 do PIDESC: **“em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.”** (ONU, 1966, art. 1, §2º, sem grifo no original).

### 2.2.3 Quanto à ordem democrática

<sup>6</sup> Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights.

<sup>7</sup> The Committee affirms that the right to adequate food is indivisibly linked to the inherent dignity of the human person and is indispensable for the fulfillment of other human rights enshrined in the International Bill of Human Rights.

<sup>8</sup> The right to adequate food shall therefore not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with a minimum package of calories, proteins and other specific nutrients.

A democracia é o regime político em que a soberania emana do povo. A expressão da democracia na DUDH consta especialmente no artigo XXI. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) enuncia os fundamentos jurídicos da democracia que se estendem para além do cumprimento formal do requisito da realização de eleições periódicas, legítimas, por sufrágio universal.

No âmbito regional, a Venezuela é estado membro do Mercosul, OEA e Unasul. As duas primeiras organizações têm instrumentos específicos para a asseguarção da ordem democrática.

No que tange o Mercosul, são três os instrumentos relevantes. O primeiro é o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático Mercosul, Bolívia e Chile de 1998, ratificado tanto por Brasil quanto pela Venezuela, sua principal cláusula condiciona a integração à vigência das instituições democráticas nos Estados Partes (MERCOSUL, 1998, art. 1º).

Após, em 2005, foi criado o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, tal instrumento foi ratificado pelo Brasil, mas não pela Venezuela. Suas principais cláusulas enfatizam que “a plena vigência das instituições democráticas e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração entre as Partes” (MERCOSUL, 2005, art. 1º).

Outrossim, em 2011, o Mercosul exarou mais uma normativa, o Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia no MERCOSUL (USHUAIA II). Curiosamente, no entanto, ao contrário dos instrumentos anteriormente citados, este protocolo não se encontra em vigor porque foi ratificado tão somente por Venezuela e Equador.

Na esfera da OEA, a principal normativa relativa à temática é a Carta Democrática Interamericana, aprovada pelo Brasil e pela Venezuela, seu texto ressalta a importância da democracia e seus elementos essenciais.

A eventual inobservância das obrigações previstas pode ensejar a ativação da cláusula democrática, cujo procedimento está inserido no artigo 20 da Carta (OEA, 2001, art.20). Constatada a persistência das violações e a interrupção da ordem democrática, o artigo 21 prevê a possibilidade de suspensão do estado por votação com maioria de dois terços dos membros da Assembleia Geral (OEA, 2001, art.21).

Independentemente das considerações quanto aos fatos ocorridos após o período firmado para o presente estudo, constata-se que a Venezuela é parte de um extenso arcabouço jurídico que a vincula à conformação democrática.

### 3 O panorama jurídico migratório no Brasil

Abordados os fatos, o foco se desloca para a compreensão das normas atinentes à realidade no Brasil em estudo. De início, se desenvolve o exame da hipótese de Cartagena para reconhecimento do status de refugiado. Após, serão evidenciadas as normativas de proteção complementar.

#### 3.1 A Declaração de Cartagena e a nova hipótese de reconhecimento do refúgio

A consolidação do Direito Internacional do Refugiado, como um terceiro ramo das disciplinas de proteção à pessoa humana, remonta à Convenção sobre o Estatuto do Refugiado elaborada em Genebra em 1951, complementada pelo Protocolo de 1967. A referida Convenção assegura que qualquer pessoa, em caso de necessidade, possa exercer o direito de procurar e de gozar de refúgio em outro país em razão de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.

Nesta mesma Convenção, se instituiu a garantia do *non-refoulement* que impede que o Estado receptor repatrie o indivíduo solicitante de refúgio para lugar em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude dos motivos de perseguição acima elencados (ONU, 1951, art. 33).

Para além das definições tradicionais do instituto, a Declaração de Cartagena é um marco na conceituação das hipóteses que ensejam o refúgio na América Latina. Decorrente de um acordo entre 10 países da América Latina, ela foi emanada em 1984, e considera a violência generalizada, invasão estrangeira e conflitos internos que perturbem gravemente a ordem pública como razões hábeis a justificar o pedido e a concessão de refúgio, como se observa expressamente de seu texto:

Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. **Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os**

**conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (COLÓQUIO SOBRE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA CENTRAL, MÉXICO E PANAMÁ: PROBLEMAS, 1984, conclusão III, sem grifo no original).**

Embora a Declaração de Cartagena não tenha caráter vinculante, a maioria dos países da América Latina<sup>9</sup> internalizou esta definição ampliada de refugiado em seus respectivos ordenamentos. O Brasil o fez por meio do disposto no artigo 1º, inciso III, do Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474/97).

Conforme Jubilut:

Com a adoção desse critério verifica-se a passagem de um foco na situação de perseguição individual para a **situação objetiva no país de origem, analisando-se, assim, a proteção dos direitos humanos de forma mais ampliada.**

A partir dessa ampliação a violação de quaisquer direitos humanos, e não somente dos direitos consagrados como civis e políticos, retomando a indivisibilidade dos direitos humanos, pode ensejar a proteção de alguém na condição de refugiado, assegurando-se, de tal modo, o efetivo gozo dos direitos humanos pelos indivíduos. (2007, p.135, sem grifo no original).

No entanto, mesmo considerando as normativas e suas orientações pela convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos unido ao Direito Internacional dos Refugiados, corresponde a cada Estado definir com base em sua normativa interna o órgão e procedimento para a determinação e interpretação da existência das condições caracterizadoras do refúgio, uma vez que os tratados internacionais são silentes em relação à matéria.

Nesta esfera, se faz imperioso destacar a diferença entre o instituto do refúgio e o do asilo político, praticada, sobretudo, na América Latina. Segundo Flávia Piovesan, o refúgio constitui “medida essencialmente humanitária” contemplado àqueles que sofrem fundado temor de perseguição pelos motivos convenionados internacionalmente, aplica-se fora do país de origem, apresenta cláusulas de cessação, perda e exclusão (2016, p. 273). Já o asilo político é “medida essencialmente política”, se exige perseguição efetiva e não apresenta cláusulas de exclusão (PIOVESAN, 2016, p. 273).

Por decorrência desta diferenciação, se entende que “enquanto o asilo constitui ato discricionário e soberano do Estado, o refúgio é uma instituição convencional de caráter internacional, devendo ser concedido quando cumpridos os requisitos normativos” (BARBOZA; BACK, 2016, p. 96).

<sup>9</sup> Atualmente, a definição regional de refugiado está prevista nas legislações do México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Belize, Nicarágua, Colômbia, Equador, Peru, Brasil, Bolívia, Paraguai, Uruguai, Argentina e Chile.

No entanto, considerando que cabe aos Estados, tendo por base os termos abstratos dos tratados, interpretar frente ao caso concreto e decidir pelo reconhecimento ou a denegação do status de refugiado, a margem de discricionariedade ainda é alta.

### 3.2 A proteção complementar

A gestão da proteção complementar no Brasil cabe ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Na fase de sua criação, como se pode verificar os reflexos na própria estrutura concebida, o CNIg foi marcado pela tônica da reserva do mercado de trabalho do país aos trabalhadores nacionais, em que o estrangeiro e migrante era bem vindo apenas no contexto do benefício à incorporação de nova tecnologia e ciência ao Brasil.

Assim, o histórico de atuação do órgão colegiado foi bem sintetizado por Canto, conforme segue:

- Fase I: A Criação. O Conselho foi criado no Governo Figueiredo (1980) pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.
- Fase II: A Implementação do CNIg. Após uma pequena alteração no Governo Collor, o CNIg passa a atuar de forma mais permanente no Governo Itamar com a introdução da Lei 8.490 de (19/11/1992). Menos de um ano depois, o Governo Itamar promulga o Decreto n. 840 (22/06/93) que dispunha sobre a organização e funcionamento do CNIg.
- Fase III: A Expansão do CNIg. O Governo FHC propôs uma expansão da composição do Conselho e delegou competência ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, para designar os membros do Conselho Nacional de Imigração (Decreto nº 3.574, 23/08/2000).
- Fase IV: Rediscussão do Papel do CNIg (Momento Atual). Novos Rumos da Questão Imigratória no Governo Lula e Governo Dilma. Novas propostas surgem para discussão no Congresso. (CANTO, 2015, p. 38).

A última fase e correspondente ao período mais recente, de rediscussão do papel do CNIg, está ligada à concepção de uma nova política externa brasileira que percebeu a questão das migrações como um ponto estratégico nas relações internacionais para um desempenho protagonista do país.

Em um contexto em que a atuação externa do Brasil em termos de direitos humanos sofre críticas em fóruns domésticos e internacionais, a gestão da questão migratória ofereceu ao governo brasileiro, ao longo dos últimos anos, uma plataforma única para criticar o posicionamento dos países ricos. (ROCHA, 2011, p. 62)

Para dar seguimento à determinação objetiva de solucionar casos omissos e, ainda, situações especiais, em 1998, o CNIg editou a Resolução Normativa de número 27 (RN nº

27/1998). Tal regulação até hoje proporciona uma ligeira possibilidade de flexibilização das regras gerais de aplicação do Estatuto do Estrangeiro.

Tendo em conta a existência pregressa da RN nº 27/1998, o governo brasileiro criou o instituto do visto humanitário como forma de atender e regularizar o intenso fluxo migratório de haitianos que ocorreu principalmente após o terremoto que devastou a capital Porto Príncipe em 2010.

Com relação ao fluxo migratório objeto do presente trabalho, no dia 02 de fevereiro de 2017, um grupo de instituições entre os quais o Instituto Migrações e Direitos Humanos, a Defensoria Pública da União, a Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, a Fundación Avina, o Ministério Público do Trabalho, a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo, a Conectas Direitos Humanos, o Ministério Público Federal, a Missão Paz e o Instituto Igarapé encaminharam recomendação de edição de uma RN pelo CNIg, para abarcar as seguintes medidas:

1. Regularização da situação migratória de venezuelanos que não sejam solicitantes de refúgio ou que não desejam pedir proteção através deste instituto;
2. Acesso célere ao procedimento de regularização migratória, com acesso à CTPS, durante a tramitação do procedimento;
3. Acesso a uma residência provisória, por 2 (dois) anos, nos moldes do que ocorre no Acordo de Residência do Mercosul e Estados Associados (Decreto nº 6975/2009);
4. Possibilidade de convalidação da permanência após o período de 2 (dois) anos, durante o qual a situação política da Venezuela pode se alterar, diminuindo a importância deste modelo de regularização migratória. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017, p. 3).

A preocupação de tais instituições se justificou ante a vulnerabilidade continuada das pessoas venezuelanas migrantes no Estado de Roraima, tendo muitas cruzado a fronteira e passado a viver na clandestinidade e com poucas alternativas tanto materiais quanto legais de alcançar a regularidade ao se deparar com as longas filas e os poucos funcionários da Polícia Federal, entidade responsável pelo controle migratório e encaminhamento de solicitações de refúgio.

Dessa maneira, o CNIg pareceu ter prontamente se sensibilizado com a problemática uma vez que, no dia 14 de fevereiro de 2017, ocorreu a publicação no Diário Oficial da União da RN nº 125 exarada pelo referido órgão.

Ocorre que, sem prévia justificativa, um dia depois de sua publicação o mesmo órgão cancelou a RN nº 125/2017. Após críticas da sociedade civil, houve manifestação de que teria havido um erro administrativo de publicação antecipada da resolução sem estarem cumpridas todas as etapas de revisão previstas. De toda sorte, no dia 3 de março de 2017, foi novamente publicada, com texto idêntico, a agora renumerada Resolução Normativa do CNIg nº 126.

Por meio desta normativa, com vigência prorrogável de um ano, os venezuelanos (e demais nacionais de países fronteiriços que não sejam integrantes do Acordo de Residência do Mercosul) que migraram ao Brasil por terra e estiverem irregulares ou sob o status de solicitantes de refúgio podem, mediante apresentação de documentos e pagamento de taxas de maneira muito semelhante às exigidas pelo Acordo de Residência do Mercosul, converter suas situações jurídicas ao visto temporário de 2 anos que autoriza a expedição de carteira de trabalho e, ao final do biênio, pode ser transformado em visto permanente.

Em tese, como se viu no primeiro capítulo, a Venezuela por ter iniciado o processo de incorporação como integrante pleno do Mercosul já poderia até ter ratificado o Acordo de Residência do Mercosul, sendo que um dos seus principais benefícios aos cidadãos é a despenalização pela estadia irregular em um dos Estados partes<sup>10</sup> (BRASIL, 2009, artigo 3º). Mas não o tendo feito ocasionou inclusive uma das motivações alegadas para suspensão do país na referida organização internacional.

### 3.3 A sistemática da insegurança jurídica e o enquadramento jurídico migratório dos venezuelanos

Segundo o CONARE, somente em 2016, foram realizadas 10.308 solicitações de refúgio (2017, p. 1), não se informou até o momento o coeficiente por nacionalidade, mas presume-se pelas informações prestadas pelo Governo de Roraima e pela Polícia Federal à imprensa nacional que grande parte deste montante é composto de venezuelanos (TOLEDO; VERPA, 2017, §13; GRAZIELE BEZERRA, 2017, §2º).

Em 2017, a partir da edição da RN nº 126/2017 tanto as pessoas que vieram ao Brasil nos anos anteriores quanto as que chegaram este ano, tendo solicitado refúgio ou não, têm o direito de obter a residência temporária que confere a faculdade de trabalhar formalmente nos termos da referida resolução, de maneira análoga ao disposto no Acordo de Residência do

<sup>10</sup> Artigo 3 - Âmbito de Aplicação. O presente Acordo aplica-se a:

1) Nacionais de uma Parte, que desejem estabelecer-se no território de outra e que apresentem perante o consulado respectivo sua solicitação de ingresso no país e a documentação determinada no artigo seguinte;  
2) Nacionais de uma Parte, que se encontrem no território de outra Parte, desejando estabelecer-se no mesmo e apresentem perante os serviços de migração sua solicitação de regularização e a documentação determinada no artigo seguinte.

O procedimento previsto no parágrafo 2 aplicar-se-á independente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante no território do país de recepção e implicará a isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas

Mercosul, com o pagamento das taxas de registro e emissão do Registro Nacional do Estrangeiro (RNE).

Importante ressaltar que a solicitação de refúgio é um procedimento inteiramente gratuito, tanto para o encaminhamento do formulário, quanto para a aquisição do protocolo de solicitante de refúgio (documento que comprova a condição de solicitante de refúgio por meio do qual a pessoa poderá obter a carteira de trabalho). Somente ao final, caso haja o deferimento da solicitação, como dispõe o regramento legal comum a todos os estrangeiros que se fixem no Brasil, que o refugiado reconhecido necessita pagar a taxa de registro e obtenção do RNE.

A nova Lei de Migração detinha no parágrafo 4º, do artigo 113 norma que atribuía a condição de vulnerabilidade à categoria de solicitantes de refúgio e aos requerentes de visto humanitário entre outros, como se enuncia *in verbis*:

**§ 4º São considerados grupos vulneráveis os solicitantes de refúgio, os requerentes de visto humanitário, as vítimas de tráfico de pessoas, as vítimas de trabalho escravo, os migrantes em cumprimento de pena ou que respondem criminalmente em liberdade e os menores desacompanhados. (BRASIL, 2017, sem grifo no original)**

Contudo o dispositivo acima foi vetado, sob a justificativa de que a migrantes que respondam criminalmente em liberdade não se pode atribuir a condição de vulnerabilidade. Para além do mérito da plausibilidade da justificativa, não se sabe ainda em que medida se manifestará o decreto regulamentador a esse respeito.

Entretanto, se o veto for mantido em sua integralidade tanto os solicitantes de refúgio quanto os requerentes de visto humanitário e demais migrantes hipossuficientes ficarão desprovidos de respaldo legal para, no âmbito geral, obter isenções de taxas, multas e emolumentos, sendo que o aspecto financeiro é elemento primordial nos processos de marginalização aos quais o público migrante (inclusas a maioria das categorias existentes: solicitantes de refúgio, refugiados, migrantes econômicos, migrantes humanitários, mercosulinos etc.) comumente submete-se.

Neste cenário, é pertinente atentar que o texto da RN Nº 126/2017 já antecipa o direcionamento adotado pelo Estado brasileiro no julgamento da plausibilidade das solicitações de refúgio advindas dos venezuelanos, conforme segue:

Considerando o fluxo migratório a unidades da Federação, sobretudo na região Norte, de estrangeiros nacionais de países fronteiriços que ainda não são parte do referido Acordo de Residência, **que se encontram em situação migratória irregular no Brasil e aos quais não se aplica o instituto do refúgio para permanecer no país**, (BRASIL, 2017, p.1, sem grifo no original)

Todavia, enquanto perdurar tal desconsideração do elemento da vulnerabilidade financeira dos migrantes, subsistirá um elevado contingente de solicitantes de refúgio a sobrecarregar a capacidade de processamento dos órgãos responsáveis simplesmente porque o ato de solicitar refúgio é um direito e assegura a regularidade migratória no prazo de sua tramitação de maneira quase que imediata e gratuita. Especialmente quando se considera a situação de miséria provocada por crises humanitárias como a que acomete a Venezuela.

[Em 14 de abril de 2017] O Brasil tem 26 mil pedidos de refúgio pendentes de análise. E 13 pessoas para fazer o serviço. Além disso, o tempo de avaliação desses pedidos (em média um ano e meio) tende a aumentar, já que o governo decidiu não renovar o acordo com um braço da Organização das Nações Unidas que auxiliava a área com dez consultores. (VASCONCELLOS, 2017, p.1)

Nos termos do sistema internacional instituído pela Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, o refúgio busca promover a proteção aos deslocados forçados nas condições já apresentadas nos tópicos precedentes e é uma solução transitória, enquanto perduram as condições que originaram o deslocamento em primeira instância.

Enquanto tramita o procedimento de solicitação de refúgio e inclusive após quando a pessoa já tem reconhecimento do status de refugiado, o retorno ao país de origem pode ocasionar a perda e ou a cessação da condição de refugiado.

Os venezuelanos que vieram ao Brasil no período e condições delimitados pelo presente estudo estão ainda em grande medida concentrados nas cidades fronteiriças (especialmente Pacaraíma) e na capital de Roraima, Boa Vista. As razões elencadas para tanto são diversificadas alternando entre a baixa capacidade financeira para seguir a migração a destinos que lhes ofereçam mais oportunidades de trabalho e a expectativa de retorno tanto para auxiliar familiares que permaneceram em solo venezuelano quanto para o fim de repatriação per si.

Destarte, talvez o refúgio não seja a solução jurídica ideal para os venezuelanos, pois, como se viu acima, a não ser em condições excepcionais, ele não permite o retorno ao país de origem. Entre as consequências de um retorno não autorizado figuram a perda do status de refugiado, o arquivamento ou a rejeição da solicitação. Essa racionalidade expressa a finalidade de garantir que a proteção internacional seja efetivamente cumprida e que o refugiado ou solicitante de refúgio não coloque em risco a sua própria vida ao retornar ao lugar onde está em risco de perseguição.

Ao fim do período abarcado pela solução temporária que representa o reconhecimento do refúgio, a própria Convenção estipulou como modalidades de soluções duradouras a

repatriação (a que se fez referência também no Estatuto do Refugiado acima), o reassentamento e a integração local.

Com o pagamento das taxas administrativas, a terceira modalidade pode se efetuar, tanto pela naturalização quanto pela concessão de residência permanente. Atualmente, o refugiado obtém residência permanente em conformidade com o relatado na RN nº 6/1997 do CNIg, cujas condições aqui são reproduzidas com o texto já alterado pela RN nº 91/2010 também do CNIg:

Art. 1º - O Ministério da Justiça resguardados os interesses nacionais, poderá conceder a permanência definitiva ao estrangeiro detentor da condição de refugiado ou asilado, que comprovadamente, preencher um dos requisitos abaixo:

- a. residir no Brasil há no mínimo quatro anos na condição de refugiado ou asilado;
- b. ser profissional qualificado e contratado por instituição instalada no país, ouvido o Ministério do Trabalho;
- c. ser profissional de capacitação reconhecida por órgão da área pertinente;
- d. estar estabelecido com negócio resultante de investimento de capital próprio, que satisfaça os objetivos de Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração relativos à concessão de visto a investidor estrangeiro; (BRASIL, 1997)

A partir da leitura deste dispositivo, demonstra-se que o refugiado se finalizado o período acobertado pela proteção internacional característica deste instituto tem o direito de obter a residência permanente pelo simples decurso do prazo de quatro anos na condição de refugiado não sendo necessário, caso decorrido o prazo mínimo, comprovar o exercício profissional formal para aquisição deste direito.

Ora, tal facilidade não se concede àqueles que desejem obter permanência via Acordo de Residência do Mercosul (critério utilizado de maneira análoga pela RN nº 126/2017 do CNIg para os nacionais de países fronteiriços não contemplados pelo referido acordo) que para além de outros quatro requisitos também exige a “comprovação de meios de vida lícitos que permitam a subsistência do peticionante e de seu grupo familiar de convívio” (BRASIL, 2009, artigo 5º, inciso I, alínea d).

Ainda assim, a existência da RN nº 126/2017 do CNIg representa avanço no sentido de que aqueles que tiverem a capacidade financeira de assumirem as taxas de registro e emissão do RNE, cujo valor pode representar muito para os que estão em miséria mas razoáveis para quem obtém meios de subsistência (o valor totaliza pouco mais que trezentos reais), têm diante de si a possibilidade de retornar ao país de origem e inclusive transitar no território do Brasil sem ter que informar à Polícia Federal e podem “exercer qualquer atividade, tanto por conta

própria, como por conta de terceiros, nas mesmas condições que os nacionais do país de recepção” (BRASIL, 2009, artigo 8º, inciso II).

Contudo, há um fator de insegurança jurídica consubstanciado no prazo de vigência previsto em que a RN nº 126/2017 dispõe em seu artigo 3º que “esta Resolução Normativa vigorará pelo prazo de um ano, podendo ser prorrogada” (BRASIL, 2017), bem como no fato de que, em tese, esta resolução pode ser até mesmo revogada a qualquer tempo (como foi o caso, já relatado, da RN nº 125/2017).

Em 2012, o CONARE foi provocado por algumas organizações da sociedade civil a se manifestar sobre a possibilidade de concessão de refúgio aos haitianos sob a cláusula da grave e generalizada violação de direitos humanos, ao que o órgão se manifestou, nos seguintes termos:

Nessa esteira, o conceito de grave e generalizada violação de direitos humanos alavanca-se em consequência das condições clássicas de inclusão previstas na elegibilidade do refúgio. À luz da prática jurisprudencial do CONARE este conceito possui **“para sua materialização, três relevantes condições especialmente consideradas: 1) a total incapacidade de ação ou mesmo a inexistência de entes conformadores de um Estado Democrático de Direito, como podem ser as instituições representativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de um Estado qualquer. Ou seja, a dificuldade mesmo em se identificar a existência de um Estado, tal qual conceituado pelo direito internacional público, em um território específico. 2) a observação naquele território da falta de uma paz estável e durável. 3) o reconhecimento, por parte da comunidade internacional, de que o Estado ou território em questão se encontra em uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos”** (apud LEÃO, 2010, p. 89). Esta situação se vincula, então, a um fundado temor de perseguição causado pelo seu Estado de origem em função de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Esse é o entendimento inclusive patrocinado pelo ACNUR. (CONARE, 2012, p. 2-3, grifo do autor)

Não se pode olvidar que nem a Declaração de Cartagena, tampouco o Estatuto do Refugiado que incorporou a cláusula da grave e generalizada violação de direitos humanos fez qualquer menção à necessidade de configuração de uma total ausência de identificação de existência de um Estado operante, ou à falta de paz estável e durável ou ao reconhecimento por parte da comunidade internacional de que o Estado ou território em questão se encontra em grave e generalizada violação de direitos humanos.

Entretanto, por mais questionável que seja a adoção de critérios extralegais restritivos de configuração de grave e generalizada violação de direitos humanos para além da margem que contempla a definição do conceito em si, é razoável argumentar que o cenário venezuelano preenche os requisitos aventados pelo que se expôs anteriormente tendo em conta que, progressivamente, continuou-se a flagelar os cidadãos venezuelanos em que se destacam a

conflitividade social cujas numerosas mortes no decorrer de protestos talvez sejam o sinal mais estarrecedor (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017, p. 1), houve reconhecimento por parte da comunidade internacional pela invocação da cláusula democrática na OEA e, por último, a incapacidade do Estado venezuelano de conter a crise humanitária e institucional (representada pela ingerência dos poderes executivo e judiciário no poder legislativo) denota a debilidade de sua estrutura.

A medida de proteção complementar instrumentalizada pela RN nº126/2017, apesar de benéfica pelas razões já expostas, é insuficiente e traduz, como também foi o tratamento utilizado no que concerne à imigração haitiana (SILVA; JUBILUT, 2015, p.41), a visão de que o Brasil não proporcionou o exercício de um direito (como se daria ao reconhecer o refúgio pela cláusula da grave e generalizada violação de direitos humanos), mas fez apenas uma espécie de concessão para acomodar, de maneira improvisada, as pressões políticas existentes.

Por fim, em face do exposto, estima-se que, mesmo ao se considerar a série de características comuns, não é possível determinar uma única categoria jurídica aos venezuelanos que migraram ao Brasil no período entre 2016 e março de 2017 por suas particularidades e distintas situações econômico-sociais bem como pelas alternativas sistêmicas que foram criadas com as transformações da legislação migratória no período em estudo.

Enquanto sujeitos de direitos os migrantes venezuelanos têm a faculdade de pleitear tanto o refúgio quanto a proteção complementar e assim adquirem tempo para se integrarem no país e, ao menos parcialmente, recuperarem-se dos danos que sofreram até então. Ao passo que o Estado brasileiro, de forma controvertida, aparenta estar inclinado a posicionar-se apenas pela concessão da segunda e denegação do reconhecimento ao primeiro. Descortina-se uma realidade migratória brasileira ainda distante do ideal, porém, mais hospitaleira que outrora.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da consideração da realidade venezuelana noticiada pelos meios de comunicação depreendeu-se que um inicial desequilíbrio financeiro degenerou-se em uma crise política e humanitária. A população passou a viver com altos índices de desemprego e em dificuldades de obter alimentos, medicamentos e atendimento de saúde. Tais fatores elevaram a conflitividade social e o descontentamento da população se conjugou em protestos e eleição de maioria opositora para o parlamento. Pressionado, o governo passou a reprimir os protestos, anular atos da assembleia nacional e até mesmo a despojar e transferir as prerrogativas do legislativo ao poder judiciário. Neste ínterim, conforme registros da Polícia Federal, a fronteira

entre Brasil e Venezuela em Roraima começou a receber fluxos cada vez mais elevados de cidadãos venezuelanos vulneráveis.

A seguir, partiu-se para uma elucidação da cláusula ampliada de reconhecimento do refúgio pela Declaração de Cartagena bem como do sistema de proteção complementar brasileiro.

Por último, realizou-se o cotejo sobre o status legal mais adequado para a caracterização destes deslocados e concluiu-se pela parcial confirmação da hipótese do enquadramento na definição ampliada de refúgio, a partir da grave e generalizada violação de direitos humanos.

Em suma, não restaram dúvidas quanto à ocorrência de generalizadas violações de direitos econômicos, sociais e culturais aos venezuelanos no período em estudo, embora ainda haja certa controvérsia sobre a ocorrência de violação de direitos civis e políticos representados sob o elemento da interrupção da ordem democrática.

Contudo, mesmo considerado o reconhecimento internacional dado inclusive pela suspensão no Mercosul e invocação da cláusula democrática na OEA, o Brasil tem-se mantido resistente a reconhecer nestes fatos grave e generalizada violação de direitos humanos que configurem razão para o reconhecimento do refúgio.

Dessa maneira, dada a pressão da sociedade civil e órgãos fiscalizadores do poder público, criou-se uma ferramenta de proteção complementar especialmente idealizada para o fluxo em questão. Embora tenha quebrado o estado de invisibilidade das pessoas migrantes, essa modalidade contempla uma solução apenas parcial. A fragilidade dessa proteção, cujo próprio nome enuncia é apenas complementar, resulta na insegurança jurídica de sujeitos vulneráveis e já vitimizados pelas adversidades e violações de direitos em seu país de origem.

Pelo exposto, entende-se que o grupo enseja o reconhecimento da condição de refugiados no Brasil, mas pelas diretrizes adotadas pelo governo e pelas próprias particularidades de cada indivíduo confirma-se apenas parcialmente a hipótese.

## 5 REFERÊNCIAS

ACNUR. **Declaração de São José Sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas**. Disponível em: <<http://www.adus.org.br/declaracao-de-s-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas/>>. Acesso em: 23 maio 2017.

AGENCIA EFE. **El Parlamento venezolano declara "crisis humanitaria" por falta de alimentos**. Agencia Efe. Caracas, p. 1-1. 11 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.efe.com/efe/america/portada/el-parlamento-venezolano-declara-crisis-humanitaria-por-falta-de-alimentos/20000064-2837147>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Novo estado de exceção e emergência econômica na Venezuela**. Agencia Efe. Caracas, p. 1-1. 16 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.efe.com/efe/america/economia/el-gobierno-de-venezuela-prorroga-por-sexta-vez-estado-emergencia-economica/20000011-3210174>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Opositores detenidos en marcha en Caracas serán presentados en tribunales**. El Nuevo Herald. Caracas, p. 1-1. 04 set. 2016. Disponível em: <<http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article99958627.html>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Saque a padaria e protestos deixam mortos na Venezuela**. G1. Caracas, p. 1-1. abr. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/saque-a-padaria-deixa-mortos-na-venezuela.ghtml>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Venezuela anuncia que iniciará amanhã processo para deixar OEA**. Ebc Agência Brasil. Caracas, p. 1-1. 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-04/venezuela-anuncia-que-iniciara-amanha-processo-para-deixar-oea>>. Acesso em: 01 maio 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Venezuela: Políticas obstinadas aceleran catastrófica crisis humanitaria**. 2016. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/06/venezuela-stubborn-politics-accelerate-catastrophic-h>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. **Acuerdo Mediante El Cual Se Declara Crisis Humanitaria e Inexistencia de Seguridad Alimentaria de La Población Venezolana**. Caracas, 11 fev. 2016. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_99f43d6e09fd4068ed4f8e0f58ad3671ffa15a4e.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_99f43d6e09fd4068ed4f8e0f58ad3671ffa15a4e.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Acuerdo Mediante El Cual Se Declara Crisis Humanitaria En La Salud de Venezuela, En Vista de La Grave Escasez de Medicamentos, Insumos Médicos y Deterioro de la Infraestructura Sanitaria**. Caracas, Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_c454694fb4c5d9c0c052307a4a0d18c53d330925](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_c454694fb4c5d9c0c052307a4a0d18c53d330925)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BACK, Alessandra. A Proteção Normativa dos Refugiados Políticos na América Latina e no Brasil. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós, 2016. p. 87-117.

BBC MUNDO. **Oposición en Venezuela obtiene histórica victoria en las elecciones parlamentarias**. Bbc Mundo. 05 dez 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151204\\_venezuela\\_parlamentarias\\_oposicion\\_chavismo\\_dp](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151204_venezuela_parlamentarias_oposicion_chavismo_dp)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Fiscal general de Venezuela, Luisa Ortega Díaz, dice que sentencias del Tribunal Supremo sobre la Asamblea Nacional violan el orden constitucional**. Bbc Mundo. Caracas, 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39459905>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Venezuela: más de 120 detenidos por saqueos y protestas en Maracaibo**. Bbc Mundo. Caracas, 28 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160427\\_venezuela\\_disturbios\\_saqueos\\_apago\\_n\\_maduro\\_maracaibo\\_all](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160427_venezuela_disturbios_saqueos_apago_n_maduro_maracaibo_all)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6975, de 07 de outubro de 2009. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. **Acordo Sobre Residência Para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile**. Brasília, 07 out. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Estatuto do Refugiado**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 04 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Lei de Migração. Brasília, 24 maio 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art125](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art125)>. Acesso em: 28 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução Normativa nº 27, de 18 de dezembro de 1998. Disciplina a avaliação de situações especiais e casos omissos pelo Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa Cnig Nº 27**. Brasília, 18 dez. 1998. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/trabalho-estrangeiro/historico-de-legislacao?start=90>>. Acesso em: 16 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução Normativa nº 126, de 02 de março de 2017. Dispõe sobre a concessão de residência temporária a nacional de país fronteiriço. **Resolução Normativa Cnig Nº 126**. Brasília, 03 mar. 2017. Disponível em:

<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=88&data=03/03/2017>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução Normativa nº 6, de 21 de agosto de 1997. Concessão de permanência definitiva a asilados ou refugiados e suas famílias. **Resolução Normativa Cnig Nº 6**. Brasília, 21 ago. 1997. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/Estrangeiros/tmp/Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração/Resolução Normativa Nº 06.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução Normativa nº 91, de 12 de novembro de 2010. **Resolução Normativa Cnig Nº 91**. Brasília, 12 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.veritae.com.br/lex-5110BF3C-850E57F3B739/1993\\_149\\_17-11-10\\_trabalho.pdf](http://www.veritae.com.br/lex-5110BF3C-850E57F3B739/1993_149_17-11-10_trabalho.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

CANTO, Marjolaine. Migração Laboral no Brasil: desafios para Construção de Políticas. **Cadernos OBMIGRA, Migrações Internacionais**, Observatório das Migrações Internacionais no Brasil. Brasília, UNB:2015. v. 1 n. 1. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra/issue/view/1049/showToc>>. Acesso em 23 maio. 2017.

Coalición de Organizaciones Por El Derecho A La Salud y A La Vida (CODEVIDA); Programa Venezolano de Educación-acción En Derechos Humanos (PROVEA) (Org.). **Situación del Derecho a la Salud en Venezuela**. Caracas: Codevida y Provea, 2016. 13 p. Disponível em: <<http://www.oas.org/fpdb/press/Informe-Codevida--Provea-Marzo-2016.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

COLÓQUIO SOBRE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA CENTRAL, MÉXICO E PANAMÁ: PROBLEMAS, 1984, Cartagena. **Declaração de Cartagena**. Cartagena: 11, 1984. 20 p. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2017.

CONARE. **Ofício nº 42, de 03 de fevereiro de 2012**. Resposta Requerimento de Informações Sobre Os Haitianos. Brasília, 03 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos-site/multimedia/PDF/65.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Ofício nº 18/2017/SIC-CONARE/CONARE/DEMIG/SNJ/MJ. 2017**. Disponível em: <[http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/553310/RESPOSTA\\_PEDIDO\\_resposta sic - 08850001300201763.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/553310/RESPOSTA_PEDIDO_resposta sic - 08850001300201763.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

EFE NOTICIAS. **La falta de medicinas en Venezuela sigue latente y no mejora**. El Estímulo. Caracas, 25 fev. 2017. Disponível em: <<http://elestimulo.com/blog/la-falta-de-medicinas-en-venezuela-sigue-latente-y-no-mejora/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

EL COOPERANTE. **Los CLAP son un instrumento de discriminación política, denuncia Antonio Ecarri**. 2016. Disponível em: <<http://elcooperante.com/los-clap-son-un-instrumento-de-discriminacion-politica-denuncia-antonio-ecarri/>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

EL DIARIO DE CARACAS. **Datanálisis: La escasez de productos básicos supera el 80 % en Venezuela**. El Diario de Caracas. Caracas, 27 maio 2016. Disponível em:

<<http://diariodecaracas.com/dinero/datanalisis-la-escasez-productos-basicos-supera-el-80-en-venezuela>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

EL NACIONAL. **AN designó comisión mixta para investigar el control de los CLAP.** El Nacional. Caracas, p. 1-1. 26 jan. 2017. Disponível em: <[http://www.el-nacional.com/noticias/asamblea-nacional/designo-comision-mixta-para-investigar-control-los-clap\\_77687](http://www.el-nacional.com/noticias/asamblea-nacional/designo-comision-mixta-para-investigar-control-los-clap_77687)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Gobierno corregirá resolución 9855.** El Nacional. Caracas, 02 ago. 2016. Disponível em: <[http://www.el-nacional.com/noticias/economia/gobierno-corregira-resolucion-9855\\_22627](http://www.el-nacional.com/noticias/economia/gobierno-corregira-resolucion-9855_22627)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Protesta por comida en El Tigre dejó 14 detenidos.** El Nacional. Caracas, 08 jul. 2016. Disponível em: <[http://www.el-nacional.com/noticias/historico/protesta-por-comida-tigre-dejo-detenidos\\_18062](http://www.el-nacional.com/noticias/historico/protesta-por-comida-tigre-dejo-detenidos_18062)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

FEDERICO RIVAS MOLINA. El País. **Mercosur suspende a Venezuela y aumenta la presión sobre Nicolás Maduro.** El País. Buenos Aires, 02 dez. 2016. Disponível em: <[http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/02/america/1480699979\\_812056.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/02/america/1480699979_812056.html)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO (Brasil). **Número de mortos em protestos na Venezuela se iguala a onda de 2014.** Folha de São Paulo. São Paulo, p. 1-1. 16 maio 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/05/1884673-numero-de-mortos-em-protestos-na-venezuela-se-igual-a-onda-de-2014.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

G1. **Fundadores do Mercosul impedem que Venezuela assumo o bloco.** 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/mercosul-bloqueia-presidencia-da-venezuela-e-ameaca-suspende-la.html>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

GRAZIELE BEZERRA. Rádio Nacional da Amazônia. **Roraima espera maior migração de venezuelanos este ano.** Ebc Agência Brasil. Boa Vista, 18 fev. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-02/roraima-espera-maior-migracao-de-venezuelanos-este-ano>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Crisis humanitaria en Venezuela:** La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alime. Nova York: Human Rights Watch, 2016. Disponível em: <[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/venezuela1016sp\\_web\\_3.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/venezuela1016sp_web_3.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2017.

INGRID MÉNDEZ LÁREZ. El Impulso. **¿Cuál es la dieta de sobrevivencia del venezolano?** El Impulso. Caracas, 14 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.elimpulso.com/noticias/nacionales/la-dieta-de-sobrevivencia-de-los-venezolanos-ante-la-crisis-alimentaria>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). **Report for Selected Countries and Subjects.** Washington: International Monetary Fund (imf), 2016. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/weorept.aspx?pr.x=43&pr.y=8&>

[sy=2016&ey=2016&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=299&s=PCPI,PCPIPCH,PCPIE,PCPIEPCH&grp=0&a=>](http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/weorept.aspx?pr.x=43&pr.y=8&sy=2016&ey=2016&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=299&s=PCPI,PCPIPCH,PCPIE,PCPIEPCH&grp=0&a=). Acesso em: 21 abr. 2017.

JOSÉ MANUEL LUENGO. **Federación Médica de Venezuela: Ausencia de medicamentos en hospitales sobrepasa el 94%.** Panorama.com.ve. Caracas, 11 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.panorama.com.ve/ciudad/Federacion-Medica-de-Venezuela-Ausencia-de-medicamentos-en-hospitales-sobrepasa-el-94-20160411-0059.html>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

JOSÉ OSPINA-VALENCIA. Dw. **Venezuela: cronología da instabilidade.** 2017. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/venezuela-cronologia-da-instabilidade/g-19308889>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

JUAN FRANCISCO ALONSO. Diário Las Américas. **De cada 100 niños venezolanos, 25 pasan hambre.** Diário Las Américas. Caracas, p. 1-1. 13 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.diariolasamericas.com/de-cada-100-ninos-venezolanos-25-pasan-hambre-n3931522>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O\\_Direito\\_Internacional\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2017.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI em FERREIRA BARRETO, Luiz Paulo Teles (Org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas.** Brasília: ACNUR, MJ. 2010

LUDMILA VINOGRADOFF. Abc Internacional. **En Venezuela mueren 28 niños al día «por desnutrición», según la oposición.** Abc Internacional. Caracas, 30 jun. 2016. Disponível em: <[http://www.abc.es/internacional/abc-venezuela-mueren-28-ninos-desnutricion-segun-oposicion-201606302231\\_noticia.html](http://www.abc.es/internacional/abc-venezuela-mueren-28-ninos-desnutricion-segun-oposicion-201606302231_noticia.html)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

LUIS ALMAGRO. **Informe Actualizado sobre Venezuela.** Washington: Oea, 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-VZ-Spanish-signed-final.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

MACHADO, Igor José de Renó. Imobilizações da Diferença e os Fantasmas de Controle: Reflexões sobre a Produção Legislativa Recente sobre os Imigrantes no Brasil. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (Org.). **Refúgio e Hospitalidade.** Curitiba: Kairós, 2016. p. 209-230.

MAOLIS CASTRO. El País. **Oposición da Venezuela denuncia golpe de Estado após o Supremo anular os poderes do Parlamento:** Poder foi dividido entre o Judiciário e o Governo do presidente venezuelano Nicolás Maduro. El País. Caracas, 30 mar. 2017. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/30/internacional/1490848414\\_081004.html#?id\\_exter\\_no\\_nwl=newsletter\\_brasil20170331](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/30/internacional/1490848414_081004.html#?id_exter_no_nwl=newsletter_brasil20170331)>. Acesso em: 29 abr. 2017.

MARCELO TOLEDO (Boa Vista). Folha de São Paulo. **Explode pedido de refúgio de venezuelanos em Roraima.** Folha de São Paulo. São Paulo, 01 abr. 2017. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04/1871807-explode-pedido-de-refugio-de-venezuelanos-em-roraima.shtml?cmpid=newsfolha>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

MARINA FRANCO (São Paulo). G1. **Crise na Venezuela**: veja a cronologia do agravamento da situação do país. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/05/crise-na-venezuela-veja-cronologia-do-agravamento-da-situa>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

MERCOSUL. **Protocolo de Assunção Sobre Compromisso Com A Promoção e A Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul**. Assunção, 20 jun. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7225.htm)>. Acesso em: 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de Montevidéu Sobre Compromisso Com A Democracia no Mercosul (Ushuaia II)**. Montevidéu, 20 dez. 2011. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-montevideu-sobre-comprom>>. Acesso em: 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de Ushuaia Sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile**. Ushuaia, 24 jul. 1998. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998\\_protocolo\\_de\\_ushuaia-compromiso\\_democratico\\_por](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998_protocolo_de_ushuaia-compromiso_democratico_por)>. Acesso em: 01 maio 2017.

MILÍTZA ZÚPAN. **Así se vive la escasez dentro de una farmacia en Venezuela**. Univision Noticias. Caracas, p. 1-1. 20 out. 2016. Disponível em: <<http://www.univision.com/noticias/medicina-y-farmacia/asi-se-vive-la-escasez-dentro-de-una-farmacia-en-venezuela>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Migrantes no Brasil: PFDC destaca nova publicação de resolução que autoriza residência temporária no País**. 2017. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/informativos/edicoes-2017/marco/migrantes-no-brasil-pfdc-destaca-nova-publicacao-de-resolucao-que-autoriza-residencia-temporaria-no-pais>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Recomendação ao CNIg relativa ao Fluxo de Venezuelanos**. Brasília: 2017. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/copy\\_of\\_direito-de-imigrantes/recomendacao-cnig-venezuelanos](http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/copy_of_direito-de-imigrantes/recomendacao-cnig-venezuelanos)>. Acesso em: 28 maio 2017.

MORE CONSULTING. **Encuesta - La Alimentación en Las Escuelas Venezolanas**. 2016. Disponível em: <[https://pt.scribd.com/document/323349756/Encuesta-La-Alimentacion-en-Las-Escuelas-Venezolanas#from\\_embed](https://pt.scribd.com/document/323349756/Encuesta-La-Alimentacion-en-Las-Escuelas-Venezolanas#from_embed)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MURILLO, Juan Carlos. A proteção internacional dos refugiados na América Latina e o tratamento dos fluxos migratórios mistos. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, v. 3, n. 3, p.25-30, nov. 2008. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Cader\\_no\\_de\\_Debates\\_3.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Cader_no_de_Debates_3.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2017.

O ESTADO DE S. PAULO. **Chavismo nomeia 13 juizes antes de maioria opositora assumir Assembleia**. O Estado de S. Paulo. São Paulo, p. 1-1. 23 dez. 2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,chavismo-nomeia-13-juizes-antes-de-maioria-opositora-assumir-assembleia,1815121>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (Org.). **Human Rights Fact Sheets nº 34: The Right to Adequate Food**. Genebra: Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, 2010. 49 p. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2017.

ONU. **Convenção Relativa Ao Estatuto dos Refugiados**. Nova York, 28 jul. 1951. Disponível em:

<[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova York, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **General Comment No. 12: The Right To Adequate Food**. Genebra, 12 maio 1999. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **General Comment No. 14: The Right To The Highest Attainable Standard Of Health**. Genebra, 11 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>>. Acesso em: 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Nova York, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 01 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Nova York, 19 dez. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 01 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Carta Democrática Interamericana**. Lima, 11 set. 2001. Disponível em: <[http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203023/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA). **Los CLAP: 7 indicios de discriminación política**. 2016. Disponível em: <<https://www.derechos.org/ve/investigacion/los-clap-7-indicios-de-discriminacion-politica>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

RÁDIO FRANÇA INTERNACIONAL. **Venezuela é suspensa do Mercosul**. Ebc Agência Brasil. Paris, 02 dez. 2016. Disponível em:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-12/venezuela-e-suspensa-do-mercosul>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

REDIN, Giuliana. **Direito de Imigrar: Direitos Humanos e Espaço Público na Sociedade Contemporânea**. 2010. 197 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/000051/0000512f.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

REDIN, Giuliana; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt. Proteção dos Refugiados na Declaração de Cartagena de 1984: Uma Análise a partir do caso dos Haitianos no Brasil. **Revista de Estudos Internacionais (rei)**, João Pessoa, v. 4, n. 1, p.30-45, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/view/126/pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

REIS, Rossana Rocha. A política do Brasil para as migrações internacionais. **Contexto int.**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 47-69, jun. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-85292011000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292011000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 maio. 2017.

SENADO FEDERAL (Brasil). **CCJ aprova PEC que permite voto de estrangeiros em eleições municipais**. 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/06/ccj-aprova-pec-que-permite-voto-de-estrangeiros-em-eleicoes-municipais>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SERGIO GÓMEZ MASER. Grupo de Diários América. **Almagro: ‘Ninguém quer a Venezuela suspensa da OEA’**. O Globo. Washington, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/almagro-ninguem-quer-venezuela-suspensa-da-oea-19541073>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

SILVA, José Carlos Loureiro; JUBILUT, Liliana Lyra. A Recente Migração Haitiana para o Brasil e o Visto Humanitário. In: REDIN, Giuliana; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencourt (Org.). **Imigrantes no Brasil: Proteção dos Direitos Humanos e Perspectivas Político-Jurídicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 33-53.

TATIANA CAMPOS (Ed.). **Acre decreta Situação de Emergência Social motivado por rota internacional de imigração**. Notícias do Acre. Rio Branco, 09 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.agencia.ac.gov.br/acre-decreta-situacao-de-emergencia-social-motivado-por-rota-internacional-de-imigracao/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

TELESUR (Venezuela). **Canciller venezolana rechaza declaraciones de directora del FMI**. Telesur. Caracas, 15 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.telesurtv.net/news/Canciller-venezolana-rechaza-declaraciones-de-directora-del-FMI-20160415-0011.html>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

UNASUR. **Gobierno y Oposición de Venezuela, se reunen en el Marco del Diálogo Nacional, con la Presencia de la Santa Sede**. 2016. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/es/node/989>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

UNHCR. **Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Genebra: Unhcr, 1979. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

UNIVISION. **El Tribunal Supremo de Venezuela da marcha atrás y restituye poderes a la Asamblea**: El máximo órgano de Justicia devuelve el poder legislativo que había asumido en un fallo de esta semana que la oposición consideraba un golpe de Estado. Univision. Caracas, 01 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.univision.com/noticias/america-latina/el-tribunal-supremo-de-venezuela-da-marcha-atras-y-restituye-poderes-a-la-asamblea>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

VASCONCELLOS, Marcos de. A CONTA-GOTAS Brasil tem 26 mil pedidos de refúgio e só 13 pessoas para analisá-los. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p.1-1, 14 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-14/brasil-26-mil-pedidos-refugio-13-pessoas-analisa-los>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

VINOGRADOFF, Ludmila. **La violencia y la escasez de medicinas en Venezuela alcanzan las cifras de un país en guerra**. Abc Internacional. Caracas, 26 jan. 2016. Disponível em: <[http://www.abc.es/internacional/abci-violencia-y-escasez-medicinas-venezuela-alcanzan-cifras-pais-guerra-201601262212\\_noticia.html?ref\\_m2w=>](http://www.abc.es/internacional/abci-violencia-y-escasez-medicinas-venezuela-alcanzan-cifras-pais-guerra-201601262212_noticia.html?ref_m2w=>)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

YAMILETH ANGARITA. **El Universal. Resolución 9855 obliga a empresas a dar empleados para la agroproducción**. El Universal. Caracas, 28 jul. 2016. Disponível em: <[http://www.eluniversal.com/noticias/economia/resolucion-9855-obliga-empresas-dar-empleados-para-agroproduccion\\_420903](http://www.eluniversal.com/noticias/economia/resolucion-9855-obliga-empresas-dar-empleados-para-agroproduccion_420903)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

YASMÍN OJEDA. Diario La Verdad. **Gobierno estafa con los CLAP la producción nacional**. Diario La Verdad. Maracaibo, 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.laverdad.com/economia/114492-gobierno-estafa-con-los-clap-la-produccion-nacional.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

YOLANDA VALERY. Bbc Brasil. **A rotina de filas, privações e saques criada pela escassez de comida na Venezuela**. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36315630>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

**A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE  
DIREITOS HUMANOS NÃO SUBMETIDOS AO RITO ESPECIAL DO  
ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

*Carolina Nunes Miranda Carasek da Rocha\**

**Palavras-chave:** tratados; direitos humanos; supralegalidade; constitucionalidade.

**Resumo:** O trabalho tem como objetivo analisar a natureza jurídica e, portanto, a posição hierárquica, dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que não foram internalizados pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, a partir das correntes de norma supralegal defendida pelo Supremo Tribunal Federal e de norma constitucional material defendida pela doutrina. Este dispositivo legal instituiu um rito especial para os tratados de direitos humanos que lhes dá *status* de emenda constitucional. Porém, não há norma jurídica específica sobre a natureza jurídica e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos que não foram incorporados pelo rito especial. Diante desse quadro, pergunta-se qual é a natureza jurídica e, portanto, a posição hierárquica, dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro que não passaram pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988. Trabalha-se com a hipótese de que os tratados de direitos humanos não internalizados pelo rito especial possuem natureza jurídica de norma constitucional, devido ao alto valor de seu conteúdo, o qual necessita do maior grau de proteção jurídica possível. A importância deste assunto decorre dos estudos sobre a relação entre direito internacional e direito interno, desde o debate acerca dos sistemas monista e dualista até o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que criou o parágrafo terceiro no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Essa mudança deixou uma lacuna na norma constitucional, e assim, a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao rito especial tem sido objeto de debate doutrinário e jurisprudencial. Para cumprir com o objetivo geral cada capítulo do trabalho possui um objetivo específico. O primeiro consiste em apresentar a fundamentação teórica dos direitos humanos e seu sistema internacional de proteção a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e explicar os tratados de direitos humanos. O segundo

\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista do CNPq. Bacharela em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Contato eletrônico: carolinacarasek@gmail.com Contato Telefônico: (48) 99102-6692. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7404631442770520>.

compreende identificar as fases de incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, a relação entre direito internacional e direito interno, e as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. O último objetivo específico traduz-se em analisar a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos que não foram internalizados pelo rito especial, à luz das correntes da supralegalidade e da constitucionalidade. A tese da supralegalidade defende que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pelo rito ordinário possuem *status* supralegal, ou seja, no ordenamento jurídico estão abaixo da Constituição, mas acima das normas infraconstitucionais. A tese da Constitucionalidade, por sua vez, afirma que esses tratados são materialmente constitucionais, uma vez que versam sobre direitos humanos, devendo estar junto com a Constituição. A metodologia empregada é a literatura formal e o método de abordagem dedutivo, que partirá de uma premissa geral, os tratados de direitos humanos, para uma premissa específica, os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro não submetidos ao rito do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O trabalho é de pesquisa do tipo básica e exploratória, com técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, fazendo uso de legislação, jurisprudência e doutrinas. Como resultado e conclusão, apresenta-se as teses da supralegalidade aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e da constitucionalidade defendida pela doutrina, e posiciona-se a favor da tese da constitucionalidade. Essa escolha justifica-se por trazer mais segurança jurídica às normas internalizadas, devido ao rito de revogação ou modificação ser mais rigoroso. Outrossim, o conteúdo dessas normas é de direitos humanos, ou seja, direitos básicos e inerentes a qualquer indivíduo, e, portanto, é justificável e recomendado que sejam elevadas ao mais alto nível hierárquico do sistema jurídico brasileiro.

## 1 Introdução

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro têm sido tema de grande debate jurídico. A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe grandes mudanças nessa área, como a adição do parágrafo terceiro ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, porém não solucionou toda a matéria. O parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal de 1998 instituiu um rito especial para os tratados de direitos humanos, que lhes dá *status* de emenda constitucional. Entretanto, inexistente regulamentação acerca da natureza jurídica e da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos que não foram incorporados pelo rito especial. A partir dessa temática, o presente trabalho busca

responder qual é a natureza jurídica e, portanto, a posição hierárquica, dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro que não passaram pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988.

A importância deste assunto decorre dos estudos sobre a relação entre direito internacional e direito interno e das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A mais significativa no âmbito de direito internacional foi a instituição do rito especial para a incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico interno. Uma vez que esta mudança deixou uma lacuna na norma constitucional, a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao rito especial tem sido objeto de debate doutrinário e jurisprudencial.

Assim, o presente trabalho se propõe a analisar as duas principais correntes acerca do tema, quais sejam, a tese da norma supralegal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e a tese de norma constitucional defendida pela doutrina. Deste modo, o objetivo geral do trabalho é analisar a natureza jurídica e, portanto, a posição hierárquica, dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro que não passaram pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 a partir das correntes de norma supralegal aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e de norma constitucional defendida pela doutrina.

Para cumprir com este objetivo geral cada capítulo do trabalho possui um objetivo específico. O primeiro consiste em apresentar a fundamentação teórica dos direitos humanos e seu sistema internacional de proteção a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como explicar os tratados de direitos humanos. O segundo compreende identificar as fases de incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, a relação entre direito internacional e direito interno, assim como relatar as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Por último, almeja-se analisar a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, que não foram internalizados pelo rito do art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, à luz das correntes da supralegalidade e da constitucionalidade.

A metodologia adotada consiste majoritariamente de literatura formal. O método de abordagem é o dedutivo, que partirá de uma premissa geral, os tratados de direitos humanos, para uma premissa específica, os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro não submetidos ao rito especial. A pesquisa é do tipo básica, com característica exploratória, através do estudo de legislações, livros, artigos científicos e trabalhos monográficos. Outrossim, por apresentar características de pesquisa básica e exploratória,

adota-se, portanto, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, fazendo uso de legislação e jurisprudência vigentes e doutrinas.

## 2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com Arendt (1973), os direitos humanos são uma invenção humana em constante construção. Este processo decorre de eventos que mudam o rumo da história, e que por consequência fazem surgir uma necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana. O mais emblemático evento desse tipo foi a Segunda Guerra Mundial, um dos conflitos de maiores atrocidades para o ser humano. Após seu término, o mundo tomou conhecimento dos horrores cometidos neste período e reavaliou as formas legais de proteção da humanidade. Como resposta, elevou o ser humano a valor-fonte do Direito Internacional e criou o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com Luño, direitos humanos são

conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (LUÑO, 2003, p. 48, tradução nossa<sup>1</sup>).

A despeito de serem processos dinâmicos que se remodelam conforme alcançam novos direitos (ANNONI; VALDES, 2013), os direitos humanos possuem características básicas e atemporais. Destas, ressaltam-se as características dos direitos humanos serem universais e indivisíveis. A universalidade significa que os direitos humanos são de todos, bastando ser um indivíduo para ter titularidade deste direito (PIOVESAN, 2014a), sem qualquer discriminação. Pela característica da indivisibilidade, os direitos humanos devem ser vistos como um todo, uma unidade indivisível, uma vez que todos possuem a mesma importância. Disso decorre que qualquer violação a qualquer direito humano é automaticamente uma violação a todo o conjunto de direitos humanos (PIOVESAN, 2014a).

A reconstrução dos direitos humanos tem como símbolo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, principal marco legal na proteção internacional dos direitos humanos (ANNONI, 2008). A Declaração foi elaborada pela Organização das Nações Unidas, principal organização internacional que monitora os atores internacionais e que tem como

<sup>1</sup> Texto original: un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

objetivo “manter a paz, a cooperação entre as nações e o respeito aos Direitos Humanos” (ÁVILA, 2015), conforme consta no Preâmbulo e art. 1º da Carta das Nações Unidas.

Inicialmente, a Declaração foi utilizada como uma carta de intenções e recomendações da Assembleia Geral para os Estados-membros da ONU, o que significa, a princípio, que não teria força vinculante, pois esta seria alcançada posteriormente pelos pactos e tratados. Entretanto, aos poucos esse entendimento foi mudando e hoje já é amplamente aceito o entendimento de que os direitos humanos independem de declaração formal para serem vigentes, e com isso a Declaração deixou de ser um texto meramente simbólico e ganhou imperatividade frente aos Estados. Assim sendo, concebeu-se “[...] como verdadeira regra congente, a materialização do novo *Ius Cogens* a conduzir à criação de um novo *Ius Gentium*” (ANONNI, 2008, p.120).

Sua grande contribuição para a matéria de direitos humanos foi a limitação legal de atuação dos Estados, os quais não podem violar os direitos humanos de seus cidadãos e demais indivíduos (ÁVILA, 2015). Igualmente, “teve caráter impulsionador do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, dando ensejo à criação de vários outros mecanismos e sistemas de proteção” (ANNONI, 2008, p. 125). Ademais, esse importante documento internacional introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos.

A proteção aos Direitos Humanos pode estar formalizada de diversas formas. De fato, o direito internacional possui diversas fontes, como tratados, costumes, princípios gerais do direito, jurisprudência, doutrina, atos unilaterais e decisões tomadas no âmbito das organizações internacionais (ACCIOLY, 2014; GUERRA, 2016; REZEK, 2014). Destas, a mais importante são os tratados internacionais, pois é considerado a principal fonte do direito internacional público devido ao seu caráter de obrigatoriedade, que vincula as partes a cumprirem o que foi pactuado (PIOVESAN, 2014b).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, principal documento que regula o processo de formação desses documentos, traz o conceito modelo de tratados no art. 2º, “a”, *in verbis*

Artigo 2.º Definições

[...]

1 - Para os fins da presente Convenção:

[...]

a) «Tratado» designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

A partir desse conceito extraem-se as seguintes características: “a) acordo internacional entre Estados; b) celebrado por escrito; c) regido pelo direito internacional; d) qualquer que seja sua denominação; e) conste de um instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos” (GUERRA, 2016, p. 92). Além disso, sendo os tratados regulados pelo regime jurídico de Direito Internacional, seus sujeitos são necessariamente sujeitos de Direito Internacional. (PIOVESAN, 2014b). Assim, segundo a Convenção de Viena de 1986, os sujeitos de tratados internacionais podem ser os Estados e as Organizações Internacionais (GUERRA, 2016).

A maioria dos tratados passa por um longo percurso de formação até a entrada em vigor. Este processo é extremamente solene, e comporta as fases de negociação, assinatura, ratificação, promulgação e publicação (SCHUELTER, 2003).

A primeira fase é a de negociação, em que o tratado é discutido e elaborado em âmbito internacional. Neste momento os Estados discutem seus interesses e delimitam o conteúdo do tratado. As pessoas legitimadas para participar desta etapa são os governos de Estados ou seus plenipotenciários, conforme o art. 7 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (GUERRA, 2016).

Finda a negociação, o tratado será levado aos órgãos competentes do direito interno de cada país para que o assinem, constituindo a fase de assinatura (GUERRA, 2016). Esse ato corresponde ao aceite provisório da forma e do conteúdo do documento, demonstrando que é autêntico e definitivo, mas ainda não gera obrigação para as partes (PIOVESAN, 2014b). Via de regra a competência para essa fase é do Poder Executivo de cada país (GUERRA, 2016; PIOVESAN, 2014b).

Após a assinatura ocorre a fase de ratificação, isto é, a aceitação em caráter definitivo do tratado. As consequências deste ato são a obrigação de cumprir o tratado e o fato do mesmo, a partir da ratificação, gerar efeitos jurídicos no âmbito internacional. A ratificação está prevista no art. 14 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, como forma de manifestação do consentimento do Estado em se vincular por um tratado. Ademais, desde que o tratado não fixe prazo para que a ratificação ocorra, os Estados podem realizar esse ato quando acharem oportuno (REZEK, 2014), devendo a ratificação ser necessariamente expressa, além de ser um ato irretirável (SCHUELTER, 2003).

Após a ratificação ocorre o depósito do instrumento de ratificação no órgão em que se deu a confecção do tratado (PIOVESAN, 2014a). O fim do processo de formação do tratado se dá pela promulgação e a publicação. A promulgação é “ato jurídico, de natureza interna, pelo

qual o governo de um Estado afirma [...] a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, [...] ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal” (GUERRA, 2016, p. 107). A promulgação tem como objetivo a aplicação do tratado ao ordenamento jurídico interno (SCHUELTER, 2003). Já a publicação consiste na exteriorização e conhecimento ao público do tratado, sendo um ato imprescindível para a aplicação do tratado na ordem jurídica interna (GUERRA, 2016).

Cabe mencionar que os tratados de direitos humanos possuem algumas particularidades em relação aos tratados comuns, pois no caso deles a intenção maior é a proteção do indivíduo. Nessa lógica, “diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos” (PIOVESAN, 2014a, p. 239).

Um exemplo dessa diferenciação é a reserva. Está definida no art. 2º, “d”, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *in verbis*

Artigo 2.º Definições

[...]

1 - Para os fins da presente Convenção:

[...]

d) «Reserva» designa uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969).

Conforme leciona Mazzuoli (2014b), a reserva não é aceita nos tratados de direitos humanos, pois é incompatível com o objeto e finalidade do documento. Assim, geralmente a possibilidade de reserva fica a cargo dos órgãos de monitoramento do cumprimento do tratado. Entende-se que neste caso não se aplica as regras da Convenção de Viena de 1969.

### 3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em termos de direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 é um marco na história constitucional brasileira (RAMOS, 2014). De acordo com Piovesan, (2014a, p. 90) “a partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Constituição de 1988

como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil”. De fato, a Constituição Federal de 1988 iniciou o processo de democratização do Estado brasileiro e se preocupou em proteger os direitos humanos.

Seu art. 1º contém seus fundamentos, e dentre estes, o que se destaca é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois é o valor essencial da ordem constitucional de 1988. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana constitui um superprincípio, pois orienta o Direito Internacional e Interno, na medida em que unifica e centraliza todo o sistema normativo mundial. Conforme leciona Ramos (2014), os grandes aspectos dessa Constituição que se destacam são o extenso e abrangente rol de direitos, o qual inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; as garantias constitucionais, em especial o mandado de injunção e o *habeas data*, o princípio da não-exaustividade de direitos, previsto no art. 5º §2º; e a preocupação de reunir os direitos sociais em um capítulo próprio.

Ademais, “de forma inédita na história constitucional brasileira, a abertura da Constituição aos direitos foi *baseada também nos tratados internacionais* celebrados pelo Brasil (RAMOS, 2014, p. 369, grifo do autor). Com efeito, o recém obtido Estado Democrático de Direito e o conjunto de liberdades fundamentais repercutiram na política nacional de direitos humanos, permitindo um progresso expressivo no reconhecimento de obrigações internacionais do Brasil no campo de direitos humanos. Por conta disso, a Constituição Federal de 1988 contém alguns dispositivos acerca das relações internacionais do país que levaram a importantes obrigações no plano internacional. De fato, trata-se da primeira Constituição Brasileira a conter um conjunto de princípios, dispostos no art. 4º, para orientar a atuação do país no sistema internacional.

Assim, o art. 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe sobre norma em que o Brasil propugnasse pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos. Em decorrência disso, o país ratificou diversos pactos internacionais, como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Outrossim, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional (RAMOS, 2014).

A prevalência dos direitos humanos interna e internacionalmente não se traduz somente na formulação de documentos internacionais a respeito do tema, pois abarca também o esforço em integrar tais normas à ordem jurídica interna (PIOVESAN, 2014a). Ou seja, as obrigações pactuadas no âmbito externo devem ser internalizadas para serem cumpridas e

válidas. A internalização dos tratados é essencial para que o mesmo tenha vigência no plano doméstico, cabendo ao ordenamento jurídico de cada país dispor sobre a competência para essa tarefa.

O ordenamento jurídico brasileiro regulou os procedimentos para a incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, estabelecendo-o em três fases: (a) preparatória; (b) constitutiva; e (c) integrativa de eficácia.

A fase preparatória consiste nas negociações de representantes do poder Executivo no cenário internacional, seguidas da assinatura do tratado, que demonstra a intenção do país em dar continuidade ao procedimento de celebração do tratado. Está prevista no art. 21, inciso I, da Constituição Federal de 1988 ao dispor que compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais.

A segunda fase é a constitutiva, em que o tratado é analisado em âmbito nacional para verificar se possui condições de ser recepcionado. É um procedimento complexo que une a vontade do presidente e a aprovação do Congresso Nacional, em uma leitura conjunta dos arts. 84, VIII, e 49, I, ambos da Constituição Federal de 1988. Ao final tem-se um decreto legislativo, o qual é publicado no Diário Oficial da União e serve como expressão provisória de aprovação do tratado (SCHUELTER, 2003).

Por fim, há a fase integrativa de eficácia. Após a expedição e publicação do decreto legislativo o tratado é retornado ao Poder Executivo, e o Presidente da República ratifica e promulga o tratado por meio de um decreto executivo (SHUELTER, 2003). A promulgação e publicação do decreto torna pública a eficácia e validade do tratado no ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, “é nesse instante que a norma inserida no ordenamento jurídico brasileiro adquire executoriedade interna. Assim sendo, é nesse momento que se considera o tratado incorporado ao direito brasileiro” (MALHEIROS, 2016, p. 65). Após a incorporação à legislação interna e a entrada em vigor na esfera internacional, o tratado completa seu ciclo de formação no plano doméstico brasileiro.

Incorporado o tratado na ordem jurídica brasileira, resta saber qual é sua posição hierárquica na mesma.

Em um primeiro momento, da leitura combinada dos arts. 47; 102, III, “b” e 105, III, “a” da Constituição Federal de 1988 entende-se que os tratados incorporados ao ordenamento jurídico interno terão equivalência à lei ordinária federal. Ramos (2014, p. 384) explica

Em primeiro lugar, o art. 102, III, b, determina que o estatuto dos tratados é infraconstitucional, pois permite o controle de constitucionalidade dos tratados. Em segundo lugar, os arts. 47 e 105, III, a, cuidam dos tratados da

mesma maneira que as leis em dois momentos: no quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo) e na definição de um mesmo recurso (recurso especial) para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência.

Esse entendimento levou a uma discussão sobre a prevalência entre norma interna (lei ordinária federal) e internacional (tratado). Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a questão foi resolvida através de decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 de 1977, que fixou a prevalência do direito interno sob o internacional. No caso em tela foi utilizado o critério cronológico, pois a Convenção de Genebra que uniformiza a matéria sobre letras de câmbio e notas promissórias é de 7 de junho de 1930, e foi internalizada pelo Decreto nº 57.663 de 24 de janeiro de 1966, enquanto o Decreto-lei nº 427 é de 22 de janeiro de 1969, ou seja, posterior e mais atual à primeira.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 vários doutrinadores afirmaram que o art. 5º, §3º desse diploma legal trouxe a interpretação de incorporação ao ordenamento jurídico interno como norma constitucional. Prevê o referido diploma

Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo traz previsão expressa de internalização ao ordenamento jurídico brasileiro dos direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais. Porém, restaram dúvidas quanto ao alcance desta norma. Tais indagações foram sintetizadas por Dallari (2003, p. 77)

Esta estaria apenas consolidando a jurisprudência brasileira sobre o tema, assente no sentido do reconhecimento da integração dos tratados ao direito interno? Ou, então, teria como consequência propiciar um tratamento diferenciado às disposições de tratados voltados à promoção dos Direitos Humanos em relação àquelas de tratados concernentes a outras matérias? A associação dos direitos e garantias previstos em tratados àqueles expressamente arrolados no texto constitucional conferiria para os primeiros o status de norma implícita da Constituição Federal?

Com efeito, a matéria foi melhor solucionada somente anos depois, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Na área de direitos humanos, a contribuição mais importante trazida foi a adição do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Dessarte, esse dispositivo incluiu um procedimento especial para a incorporação de tratados que versam sobre direitos humanos. Contudo, a adição desse parágrafo trouxe ainda mais dúvidas quanto a extensão de sua aplicação.

Um dos questionamentos suscitados foi se a matéria já era regulada pelo art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988. Sob o prisma deste artigo os tratados internacionais de direitos humanos gozavam de aplicabilidade imediata e *status* hierárquico constitucional, justificados pelas teorias do bloco de constitucionalidade e da constituição material.

Outra indagação foi se a regra do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 era compulsória ou facultativa. Moraes (2013) defende que é discricionariedade do Congresso Nacional escolher o rito de incorporação do tratado, enquanto que Sarlet (2015), Rezek (2014) e a maioria dos constitucionalistas posicionam-se ao contrário.

Porém, a maior dúvida a respeito do art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 foi acerca de algo omisso em sua escrita, qual seja, a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao rito especial desse artigo.

#### **4 A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NÃO SUBMETIDOS AO RITO ESPECIAL DO ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 foi criado com o propósito de regulamentar a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico, uma matéria que gerava amplas dúvidas entre juristas e doutrinadores. Porém, seu surgimento trouxe novos questionamentos. O principal deles trata do fato de referido artigo prever o *status* de emenda constitucional para os tratados de direitos humanos incorporados pelo rito especial. Porém, e quanto aos tratados de direitos humanos que não foram incorporados pelo rito especial? Qual é sua natureza jurídica, e conseqüentemente, sua posição hierárquica no ordenamento jurídico pátrio?

Este tema tem sido objeto de amplo debate doutrinário e jurisprudencial. De modo geral, há duas interpretações: a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade. A primeira é o entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e externalizado no acórdão

do Recurso Extraordinário nº 466.343 e outros, enquanto que a tese da constitucionalidade é o posicionamento doutrinário majoritário brasileiro.

O entendimento supralegal foi formalizado no acórdão do Recurso Extraordinário nº 466.343-8. Neste, contendiam Banco do Bradesco S/A em face de Luciano Cardoso dos Santos. A matéria tratava da antinomia entre o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, o qual previa a hipótese de prisão do depositário infiel, e a norma da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, que somente permite a detenção por dívidas nos casos de inadimplemento de obrigação alimentar (DALLARI, 2003).

De fato, a Constituição, via de regra, consagra o princípio da proibição da prisão civil por dívidas. Porém, naquela época admitia duas exceções, que eram a prisão por inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (PIOVESAN, 1998). Já a Convenção Americana de Direitos Humanos foi mais explicativa, ao declarar em seu art. 7º que ninguém deve ser detido por dívidas, mas que este princípio não limita os mandados judiciais expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Depreende-se então que pelo texto internacional só é lícita a prisão civil por inadimplemento de verba alimentícia.

Restou evidente que havia clara antinomia entre as normas, pois uma abarcava possibilidades de prisão civil mais extensa que a outra. Sucintamente, ficou decidido que em virtude de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, era inadmissível a prisão civil do depositário infiel.

Através do julgamento desse recurso surgiu a tese da supralegalidade, a qual dispõe que os tratados de direitos humanos não incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro pelo rito especial têm natureza jurídica de norma supralegal. Isso significa que, em termos de hierarquia, estão localizados abaixo da Constituição, mas acima das normas infraconstitucionais. O posicionamento intermediário entre a Constituição e as normas infraconstitucionais ocorre devido ao caráter especial desses tratados em relação às demais normas, pois trata-se de matéria de direitos fundamentais e de direitos humanos, os quais requerem uma segurança jurídica elevada. Contudo, a posição elevada não pode ser maior que a da Constituição, pois esta é a lei máxima de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a tese da supralegalidade concilia a posição de lei maior da Constituição com o comprometimento do país de cumprir com suas responsabilidades pactuadas em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

O grande responsável por essa tese foi Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual foi acompanhado pelos (pela) Ministros (a) Gilmar Ferreira Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Menezes Direito.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes explica que as normas internacionais mais recentes em matéria de direitos humanos possuem cláusulas expressas de proibição de qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, com exceção apenas do devedor de alimentos. Com a adesão do Brasil a pactos com essas cláusulas, como Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11), iniciou-se um debate sobre a possível renovação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, que trata da prisão do depositário infiel, e as consequentes normas infraconstitucionais que regem essa mesma matéria.

Esse debate perpassa necessariamente o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados e a Constituição. Desde sua promulgação, e especialmente devido ao disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, surgiram diversas teorias acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo a escolhida pelo Ministro a tese da suprallegalidade.

Explica que a reforma do judiciário ressaltou o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico, ou, ao menos destacou a insuficiência e defasagem da tese da legalidade ordinária aplicada a esses tratados desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004. A tendência contemporânea do constitucionalismo mundial é de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Essa tendência se traduz na maior possibilidade de concretização de eficácia normativa das Constituições e nas abordagens que aproximam o Direito Internacional do Direito Constitucional.

Dessa forma, posiciona-se a favor da tese da suprallegalidade, em que os tratados não afrontam a supremacia da Constituição, mas ao mesmo tempo lhe é reservado lugar especial no ordenamento jurídico, acima das normas infraconstitucionais. Defende que equiparar as normas de direitos humanos a leis ordinárias é uma visão ultrapassada e que subestima o valor especial dessas normas no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Outrossim, dispõe que o legislador pode ir além da posição suprallegal e dar *status* constitucional aos tratados submetendo-os ao rito especial do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, sua posição é que os tratados de direitos humanos, que não seguiram esse rito seguem com posição suprallegal na ordem jurídica pátria.

Por outro lado, a maioria da doutrina defende a tese da constitucionalidade. Assim, entende que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, conseqüentemente, do art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, tem natureza jurídica de norma constitucional e, assim, ocupam o mesmo lugar hierárquico que a Constituição na organização das normas jurídicas pátrias. Defendem, que os tratados de direitos humanos não incorporados pelo rito especial têm natureza jurídica de emendas constitucionais, pois seu conteúdo é materialmente constitucional. Assim, a posição hierárquica dessas normas deve ter como norte o aspecto material, e não meras formalidades de formação.

Piovesan (2014a) argumenta que os direitos fundamentais possuem natureza materialmente constitucionais, por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, o qual também expressa a abertura da mesma aos direitos fundamentais expressos em outras normas, como os tratados internacionais, complementando a relação de direitos fundamentais previstos na Constituição. De fato, estes “inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 1998, p. 84). Tem-se então que os direitos enunciados em tratados de direitos humanos possuem valor de norma constitucional.

Igualmente, atribuir constitucionalidade a esses direitos é a perspectiva que está em absoluta conformidade com toda a ordem constitucional de 1988, o que inclui sua racionalidade e seus princípios. Quanto a estes, essa interpretação está em acordo com o mais prestigiado valor da ordem constitucional vigente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é valor o fundante do sistema constitucional (PIOVESAN, 2014a).

No mesmo sentido estão os ensinamentos de Mazzuoli (2015), o qual defende que os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 devem ser interpretados em conjunto, uma vez que estão inseridos no mesmo contexto jurídico. Assevera que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já detêm *status* constitucional, por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, pois esta *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, então, a *contrario sensu*, ela própria *os inclui* em sua relação de direitos protegidos e automaticamente lhes dá hierarquia de norma constitucional. Dessa forma, Mazzuoli (2015) adota uma interpretação sistemática da Constituição através da tese da constitucionalidade. Qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil já detém *status* de norma

constitucional, mas poderá ser também formalmente constitucional após passar pelo rito especial.

Outro aspecto importante é a denúncia, ato unilateral do Estado de se desvincular do tratado. Segundo Lenza (2012), os tratados de direitos humanos submetidos ao rito especial devem passar pelo mesmo rito para serem denunciados, o que significa um procedimento mais rigoroso. Já os tratados em geral e os de direitos humanos não internalizados pelo rito especial podem ser denunciados de forma mais simples, envolvendo somente o Poder Executivo. Depara-se então com duas formas distintas para concretizar a denúncia, mas com tratados que versam sobre o mesmo macro tema, direitos humanos. Ao regular dois ritos diferentes para os tratados de direitos humanos, e, conseqüentemente, dois ritos para a denúncia, o legislador brasileiro não somente coloca em risco os direitos humanos no país, mas também viola um dos princípios mais essenciais dos direitos humanos: a indivisibilidade. Igualmente, viola a proibição de retrocesso no âmbito dos direitos humanos, o que corrobora a inaplicabilidade de ritos distintos. A respeito da existência de dois ritos diferentes para regular o mesmo tema Silva (2005, p. 56) é igualmente crítica,

De fato, tal disposição constitui um inegável retrocesso em matéria de proteção e efetivação dos direitos humanos no Brasil, pois o status constitucional, que era concedido pelo já citado §2º do art. 5º da Constituição, fica agora ao alvedrio do constituinte derivado e, além disto, todos os tratados ratificados até o presente, os quais não foram aprovados pelo quórum especial, teriam seu status constitucional negado.

Costa (2005), por sua vez, avalia que a redação do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 não foi bem escrita. Explica que o problema está em não possibilitar o mesmo regime jurídico aos tratados de direitos humanos já internalizados àqueles que são ou serão submetidos pelo rito especial.

Na mesma direção, Ramos (2014) traz a ligação direta entre Constituição e proteção dos direitos humanos em âmbito internacional. Diz que “a ideia de supremacia da Constituição deve ser compatibilizada com a proteção internacional dos direitos humanos, fazendo nascer o respeito à interpretação internacionalista dos direitos humanos” (RAMOS, 2014, p. 371). Defende, por conseguinte, a tese da constitucionalidade, afirmando que as normas de direitos humanos possuem hierarquia material singular. Ademais, os doutrinadores apontam extensivas vantagens para a segurança jurídica e para o desenvolvimento e progresso dos direitos humanos no Brasil em adotar a tese da constitucionalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a natureza jurídica e, portanto, a posição hierárquica, dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro não submetidos ao rito especial do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 à luz da tese de norma suprallegal, posição aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e de norma constitucional, posição doutrinária.

A reflexões desenvolvidas partiram da descrição do sistema de proteção internacional dos direitos humanos após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Findo esse conflito, o ser humano passou a ser valor-fonte do Direito Internacional, na concepção contemporânea dos direitos humanos, cuja maior manifestação formal e positivada é a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948. Essa norma é o grande marco dos direitos humanos, pois atribui as características de universalidade e indivisibilidade aos direitos humanos, além de representar sua internacionalização e a humanização do direito internacional. A principal fonte do direito internacional são os tratados internacionais. Estes são acordos internacionais entre Estados ou Organizações Internacionais com efeitos jurídicos obrigatórios e vinculantes.

Esses tratados são celebrados no âmbito internacional, mas precisam ser incorporados aos ordenamentos jurídicos interno dos Estados para serem vinculantes internamente. Contudo, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual especifica um rito especial para os tratados de direitos humanos. Estes, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Essa inovação trouxe diversos questionamentos, tais como se é uma norma compulsória ou discricionária e se há diferença entre ter *status* de norma constitucional e ter equivalência entre tratado e emendas constitucionais.

Porém, o ponto de maior debate acerca desse acréscimo à Constituição é a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos não incorporados no ordenamento jurídico pelo rito do art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988. A respeito disso há duas teses preponderantes, a tese da suprallegalidade e a tese da constitucionalidade, que são as posições aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e a defendida pela doutrina, respectivamente.

A tese da suprallegalidade defende que os tratados em questão têm natureza jurídica de norma suprallegal, isto é, na hierarquia do ordenamento jurídico estão localizados abaixo da

Constituição, mas acima das normas infraconstitucionais. Isso decorre da importância da matéria desses tratados, que merecem um *status* jurídico mais elevado que outras normas.

Por seu turno, a tese da constitucionalidade sustenta que os tratados de direitos humanos não incorporados pelo rito especial têm natureza jurídica de emendas constitucionais, pois seu conteúdo versa sobre matéria constitucional. Reforçam que quando se pondera a posição hierárquica de uma norma deve ser levado em consideração como fator primordial o conteúdo da norma, e não seu aspecto formal.

Diante do exposto, opta-se pela tese da constitucionalidade. Esta está verdadeiramente conectada com a ordem constitucional vigente e fornece a segurança jurídica necessária para o tema tão sensível que são os direitos humanos. Por meio desta corrente tem-se de fato uma interpretação sistemática da Constituição, pois concilia os parágrafos 2º e 3º do art. 5º, já que se entende que o último não revogou o primeiro. O art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 prevê a cláusula aberta da Constituição, expandindo o rol de direitos fundamentais para documentos além da Constituição, como os tratados internacionais de direitos humanos. Estes são de suma importância para o progresso dos direitos humanos no Brasil, pois os tratados internalizados significam o comprometimento do país com a agenda internacional de direitos humanos, a qual frequentemente está mais avançada na matéria que as normas nacionais.

Assim, é evidente a admissibilidade da tese constitucional como regra geral a ser adotada. A posição da doutrina, ao defender o *status* de emenda constitucional aos tratados não incorporados pelo rito especial, traz mais segurança jurídica a essas normas, pois o rito de revogação ou modificação das mesmas é muito mais rigoroso. Tendo em vista que o conteúdo material dessas normas é de direitos humanos, ou seja, direitos básicos, universais e inerentes a qualquer indivíduo, é justificável e recomendado que essas normas sejam elevadas ao mais alto nível hierárquico do sistema jurídico brasileiro. Portanto, conclui-se que a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao rito especial do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 merece prosperar frente a tese da suprallegalidade.

## 6 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANNONI, Danielle; FOLMANN, Melissa (Org). **Direitos humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008. v. 1. 371p.

ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1973- 3v.

ÁVILA, Flávia de. Breve análise histórico-filosófica sobre os primórdios jurídicos dos direitos humanos e de seu conteúdo conceitual. In: CHAVES, Daniel; WINAND, Erica; PINHEIRO, Lucas (Org.). **Perspectivas e debates em segurança, defesa e relações internacionais**. Macapá: Ed. da Unifap, 2015. p. 124 – 153.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 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 ago. 2016.

COSTA, Aldo de Campos. Reforma gera tumulto na hierarquia dos tratados internacionais. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 31 jan. 2005. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-jan-31/reforma\\_gera\\_tumulto\\_tratados\\_internacionais](http://www.conjur.com.br/2005-jan-31/reforma_gera_tumulto_tratados_internacionais)>. Acesso em: 01 nov. 2016.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 ao 5. da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. 1969. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>>. Acesso em: 09. set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [s.l.], v. 23, p.79-90, abr. – jun., 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHUELTER, Cibele Cristiane. **Tratados internacionais e a lei interna brasileira: o problema da hierarquia das normas**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

SILVA, Larissa Dias Magalhães. A implementação dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica da Presidência**. v. 7, n. 76, 2005.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

*João Vitor Gomes Martins\**  
*Lukas Ruthes Gonçalves\*\**  
*Thatiane Cristina Fontão Pires\*\*\**

**Palavras-chave:** Inteligência Artificial; propriedade intelectual; responsabilidade civil.

**Resumo:** Com o escopo de verificar se o atual sistema jurídico brasileiro, em especial o regime de Propriedade Intelectual e de Responsabilidade Civil, fornece uma resposta satisfatória quanto à autoria do conteúdo da programação de Inteligência Artificial (IA) e à imputação de responsabilidade por danos causados pelos atos independentes praticados por esse tipo de algoritmo, apresenta-se o conceito de IA, as suas principais características e exemplos da sua aplicação, identificando os possíveis riscos e danos que dela possam derivar. Em seguida, analisa-se a adequação do enquadramento jurídico da IA nas seguintes teorias: (a) IA como obra e a responsabilidade do autor; (b) IA como ferramenta e a responsabilidade indireta do usuário; (c) IA como produto e a responsabilidade dos fabricantes; e (d) IA como risco e a responsabilidade objetiva pelo risco criado. A partir do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, foi possível concluir pela aplicação análoga da legislação existente em matéria de *software*, para atribuir a titularidade pela IA ao criador ou à empresa que o contratou; pela possibilidade da aplicação da responsabilidade indireta do usuário em determinados casos, e da cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo risco criado na maior parte dos casos, com a ressalva de que uma regulação específica para o tema será necessária.

**Keywords:** Artificial Intelligence; Intellectual Property; Civil Liability.

**Abstract:** With the scope of verifying whether the current Brazilian legal system, especially the Intellectual Property and Civil Liability regime, provides a satisfactory answer regarding

\* Advogado graduado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador junto ao Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, cadastrado no CNPq e vinculado à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo - RDCC. E-mail: joaovgmartins@gmail.com. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0957381653583232>. Telefone: (48) 99912-8008.

\*\* Mestrando em Direito pela UFPR. Pesquisador junto ao Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial, cadastrado no CNPq. E-mail: rglukas@gmail.com, telefone (48) 99662-1663, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2449332106724610>

\*\*\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, cadastrado no CNPq e vinculado à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo - RDCC. E-mail: thatiep@gmail.com. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8381289415748365> Telefone: (48) 99918-2868.

the authorship of the content of the Artificial Intelligence (AI) programming and the imputation of responsibility for damages caused by the Independent acts practiced by this type of algorithm, the concept of AI is presented, along with its main characteristics and examples of its application, in order to identify the possible risks and damages that may derive from it. Next, the adequacy of the legal framework of AI is analyzed in the following theories: (a) AI as a work and the responsibility of the author; (B) AI as a tool and the indirect responsibility of the user; (C) AI as product and manufacturer liability; And (d) AI as risk and objective liability for the risk created. From the deductive method and the bibliographic research technique, it was possible to conclude by the analogous application of the existing legislation in the matter of software, to attribute the ownership by the AI to the creator or to the company that contracted it; By the possibility of applying the indirect responsibility of the user in certain cases, and of the general clause of objective liability for the risk created in most cases, with the proviso that a specific regulation for the subject will be necessary.

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia de que o ser humano conseguiria, em determinado momento da história, desenvolver máquinas que pudessem pensar por si próprias e agir de forma autônoma está presente na nossa literatura e cinema como gênero de ficção científica.<sup>1</sup> O que era ficção, porém, vem se tornando a mais pura realidade e deverá revolucionar a forma como os seres humanos realizam as suas tarefas cotidianas, o trabalho e a forma como interagem em sociedade, repercutindo, pois, em novos fatos jurídicos.

Isso porque programas de computador vêm adquirindo a capacidade de atuar de forma totalmente autônoma, ou seja, deixam a *status* de ferramenta, e passam a desempenhar ações independentes de uma direção ou instrução específica determinada por um ser humano. Na verdade, tais computadores terão por base informações que eles próprios irão adquirir e analisar e, muitas vezes, irão tomar decisões cujas consequências serão danosas, em circunstâncias que não foram antecipadas por seus criadores.

Conquanto passem a atuar sem o aval e, muitas vezes, sem o conhecimento de seus programadores, as ações praticadas por programas de computador, por óbvio, acarretam

<sup>1</sup> Uma versão mais primitiva do conceito remete ao clássico mito do Frankstein, considerado a primeira obra de ficção científica da história - que não deixa de tratar sobre um organismo inteligente criado pelo homem que, em determinado ponto, volta-se contra o próprio criador -, até as versões robóticas, dentre as quais o clássico do cinema "Inteligência Artificial", de Steven Spielberg, ou mesmo o popular desenho animado *The Jetsons*.

repercussões jurídicas e, portanto, demandam soluções de forma premente. Sobretudo no âmbito da Internet, a IA já está presente nos provedores de aplicação de comércio eletrônico, de redes sociais e das principais plataformas de busca e de compartilhamento de dados.

Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo verificar se o atual sistema jurídico brasileiro fornece uma resposta satisfatória quanto à autoria do conteúdo da programação de uma IA e quanto à imputação de responsabilidade por danos causados pelos atos independentes praticados por esse tipo de tecnologia. Não se propõe uma única resposta correta: o intuito é apresentar possíveis soluções, com base na legislação vigente, a problemas atualmente suscitados nos debates científicos sobre o tema.

Para tanto, na primeira parte, é apresentado o conceito de Inteligência Artificial (IA), as suas principais características, notadamente a falta de limites ao que ela pode alcançar, bem como exemplos atuais da sua aplicação. Em seguida, apresentam-se os possíveis riscos e danos que dela possam derivar, especialmente quanto aos objetivos secundários adotados pela IA para se alcançar o fim determinado. Por fim, verifica-se se a atual legislação pátria, em especial o regime da Propriedade Intelectual e o da Responsabilidade Civil, está apta a resolver a quem são imputável os danos causados pelos atos independentes da IA. O objeto cinge-se à análise da adequação do enquadramento jurídico da IA nas seguintes teorias: (a) IA como obra e a responsabilidade do autor; (b) IA como ferramenta e a responsabilidade indireta do usuário; (c) IA como produto e a responsabilidade dos fabricantes; e (d) IA como risco e a responsabilidade objetiva pelo risco criado.

## 2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: COMPUTADORES SEM LIMITES

A habilidade de acumular experiências e delas extrair lições e aprendizado, bem como a capacidade de agir de forma independente e tomar decisões de modo autônomo sempre foram associadas como as principais características da inteligência humana, um dos traços que inclusive distingue o ser humano dos demais seres vivos. Uma revolução na nossa civilização está prestes a tomar proporções até pouco tempo inimagináveis, justamente porque foi possível mimetizar a forma como o ser humano aprende, por meio de algoritmos aplicados em programas de computador, uma criação que não conhece limitações teóricas e que, por isso mesmo, foi denominada Inteligência Artificial (IA).

Antes do advento dessa tecnologia, a programação de computadores resumia-se ao processo de descrever detalhadamente todas as etapas necessárias para que um computador

realizasse determinada tarefa e alcançasse um determinado objetivo. A sequência de instruções derivada desse processo, que diz a um computador o que fazer, é justamente o algoritmo (DOMINGOS, 2015), de forma que, até então, tudo o que um programa de computador fosse capaz de realizar deveria ser determinado por um algoritmo específico.

Assim, como se infere da própria definição, não era possível a um computador realizar algo que o programador não soubesse fazer ele próprio, já que era necessário descrever pormenorizadamente as ações desempenhadas pelo programa. A IA é, de fato, uma revolução tecnológica, porque passa a possibilitar que os programas de computador sejam criativos e desenvolvam, eles próprios, a habilidade de desempenhar ações e chegar a resultados que os seus criadores não eram capazes de alcançar.

Para definir a Inteligência Artificial, Russel e Norvig (2014) identificam duas principais características: uma associada como processo de raciocínio e motivação, e outra ligada ao comportamento. Nesse sentido, a principal diferença entre um algoritmo convencional e a IA está justamente na habilidade de acumular experiências próprias e extrair delas aprendizado, como um autôidato. Esse aprendizado, denominado de *machine learning*<sup>2</sup>, permite à IA atuar de forma diferente em uma mesma situação, a depender da sua performance anterior - o que é muito similar à experiência humana.

A modelagem cognitiva e as técnicas de racionalização permitem maior flexibilidade e a criação de programas de computador que podem "compreender", isto é, que apresentam a capacidade de uma pessoa racional, como num processo da atividade cerebral (ČERKA *et al.*, 2015). Tudo isso é possível graças a um algoritmo inspirado no processo por meio do qual o cérebro humano funciona, chamado de *deep learning*<sup>3</sup>, que é uma subdivisão do *machine learning*. Como resultado, tal algoritmo que não conhece limitações teóricas sobre o que ele mesmo pode alcançar: quanto mais dados o programa receber, melhor ele vai se tornando e mais atos ele poderá realizar.

Assim, quando um problema é dado para a IA resolver, os seus desenvolvedores não fornecem um algoritmo específico que descreve o passo a passo para alcançar a solução. Pelo contrário, é fornecida apenas uma descrição do problema em si, o que permite à IA construir o caminho para chegar a uma solução, ou seja, a tarefa da IA é buscar por uma solução através do seu próprio aprendizado (POOLE; MACKWORTH, 2010).

<sup>2</sup> Em tradução livre, literalmente, aprendizagem de máquina.

<sup>3</sup> Em tradução livre, aprendizagem profunda.

Por causa da aplicação de *deep learning*, os computadores atualmente podem não apenas ouvir, mas escutar e entender o que é ouvido;<sup>4</sup> podem efetivamente ver e descrever uma imagem,<sup>5</sup> e aprender conceitos;<sup>6</sup> podem aprender a ler em diferentes idiomas ainda que seus próprios programadores não sejam capazes de fazê-lo.<sup>7</sup> As possibilidades são infinitas.<sup>8</sup>

Por outro lado, há quem afirme que os algoritmos baseados em *deep learning* são como uma caixa-preta (*black-box*), simplesmente pelo fato de que programam a si mesmos e, portanto, não conhecem limites (KNIGHT, 2017). Criadores de determinados algoritmos de *deep learning* admitem que não sabem como tais algoritmos realmente funcionam e como eles estão chegando aos resultados.<sup>9</sup>

Em razão disso, recentemente os holofotes recaíram sobre a questão dos limites da IA - ou da sua falta de limites -, tema de debate entre Mark Zuckerberg (CEO da *Facebook*) e Elon Musk (CEO da *Tesla* e da *SpaceX*). Os dois titãs da tecnologia revelaram visões antagônicas acerca do futuro da IA e do seu impacto na humanidade: enquanto Musk demonstra preocupações acerca de um possível futuro apocalíptico ao qual a IA levará a humanidade -

<sup>4</sup> Em novembro de 2012, o então pesquisador-chefe da *Microsoft*, Rick Rashid, surpreendeu os participantes de uma palestra na China com a demonstração de um *software*, cujo algoritmo aplica o processo de *deep learning*, que não apenas escutava ao que o interlocutor dizia em inglês, como, de forma simultânea, transcrevia suas palavras para texto com uma margem de erro de apenas 7%, em seguida, traduzia para a língua chinesa e depois simulava a própria voz do palestrante em mandarim, numa efetiva tradução simultânea. Cf. "Speech Recognition Breakthrough for the Spoken, Translated Word", disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Nu-nlQqFCKg>>, acesso em: 10/08/2017.

<sup>5</sup> Em novembro de 2014, a *Google* publicou sobre um *software*, baseado em *machine learning*, capaz de descrever imagens com precisão à primeira vista, produzindo legendas de forma autônoma. Cf. "A picture is worth a thousand (coherent) words: building a natural description of images", disponível em: <<https://research.googleblog.com/2014/11/a-picture-is-worth-thousand-coherent.html>>, acesso em 10/08/2017.

<sup>6</sup> Em junho 2012, a *Google* anunciou o desenvolvimento de um algoritmo de *deep learning* que aprendeu, de forma independente, conceitos como pessoas e gatos apenas assistindo a vídeos da plataforma *YouTube*. Cf. "Using large-scale brain simulations for machine learning and A.I.", disponível em: <<https://googleblog.blogspot.com.br/2012/06/using-large-scale-brain-simulations-for.html>>, acesso em: 10/08/2017.

<sup>7</sup> Aprendizagem profunda tem sido utilizada para ler o chinês em nível de falante nativo, sendo que o algoritmo foi desenvolvido por pesquisadores baseados na Suíça, nenhum dos quais fala ou entende o chinês (CHAKRABORTY, 2017).

<sup>8</sup> Atualmente, a IA está ajudando os motoristas de táxi em Tóquio a buscar passageiros com o menor tempo de espera possível; a IA da *Google* já pode detectar câncer com uma melhor precisão do que os patologistas mais experientes; a tecnologia dos carros autônomos promete um futuro com um reduzidíssimo índice de acidentes rodoviários; os robôs já estão ajudando a cuidar dos idosos no Japão (CHAKRABORTY, 2017).

<sup>9</sup> Em 2015, um grupo de pesquisa no *Mount Sinai Hospital*, em Nova Iorque, foi inspirado a aplicar *deep learning* no vasto banco de dados dos prontuários de pacientes. O programa resultante, que os pesquisadores chamaram de *Deep Patient*, foi treinado usando dados de cerca de 700.000 (setecentos mil) indivíduos e, quando testado em novos registros, foi incrivelmente eficaz em prever doenças futuras das mais diversas. Ao mesmo tempo, *Deep Patient* é intrigante: parece antecipar o aparecimento de distúrbios psiquiátricos, como a esquizofrenia, de forma surpreendentemente eficaz, mas não oferece pistas sobre como isso acontece. Se algo como *Deep Patient* realmente vai ajudar os médicos, ele será ideal para dar-lhes o raciocínio para a sua previsão, para tranquilizá-los que é preciso e justificar, digamos, uma mudança nos medicamentos que alguém está sendo prescrito. Contudo, por sua natureza, o *deep learning* é uma verdadeira caixa-preta (KNIGHT, 2017).

inclusive sem descartar um cenário em que "robôs saem pelas ruas matando pessoas" -, Zuckerberg descarta essa visão excessivamente negativa de encarar o porvir (BOGOST, 2017).

Ainda não são claros os riscos que essa nova tecnologia realmente apresenta, mas é premente a necessidade de se regular ao menos a responsabilidade pelas consequências danosas. Um aspecto é consenso: com a habilidade de treinar a si mesma e acumular experiências, a IA pode tomar decisões independentemente da vontade do seu desenvolvedor e, inclusive, chegar a resultados sequer passíveis de previsão pelos seus programadores.

Um exemplo singelo para ilustrar a capacidade da IA de aprender e responder ao meio ambiente, independentemente da vontade do seu desenvolvedor, ocorreu em 2002: o episódio da fuga do robô Gaak do *Magna Science Center*, na Inglaterra. A referida instituição realizou um projeto chamado "Robôs Vivos" (*Living Robots*), que consistiu em atribuir aos robôs os papéis de "predadores" ou de "presas" e, em seguida, lançá-los em uma arena de dois mil metros quadrados. Usando sensores infravermelhos, a "presa" procurava alimentos indicados pela luz e os "predadores" caçavam e drenavam a sua energia. O intuito do experimento era verificar se o princípio da sobrevivência do mais apto seria aplicável aos robôs dotados de IA e se eles poderiam se beneficiar da experiência adquirida, ou seja, se eram capazes de criar, de forma independente, novas técnicas de caça e autodefesa. Ocorre que, durante o experimento, um dos robôs Gaak, involuntariamente deixado sem vigilância durante 15 minutos, conseguiu escapar da arena. O robô atravessou o muro da "prisão", encontrou uma saída e foi para a rua. Chegou ao estacionamento onde foi atingido por um carro (WAINWRIGHT, 2002).

### 3 OS RISCOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Mesmo os robôs existentes na atualidade, com sistemas de Inteligência Artificial ainda em desenvolvimento, podem causar danos às pessoas. Conforme Omohundro (2008), a IA desenvolvida sem precauções especiais deverá oferecer oposição à sua própria desconexão e tentar invadir outros sistemas tecnológicos para criar uma cópia de si mesma. Também vale a pena notar que IA projetada com um objetivo final específico poderá tentar adquirir recursos sem considerar a segurança de terceiros para alcançar o objetivo para o qual foi projetado, sendo passível de causar danos a estes (OMOHUNDRO, 2008).

Com a introdução de sistemas de IA mais avançados, a probabilidade de danos só aumentará. Isso porque é intrínseco à inteligência artificial: (a) o ímpeto de se auto-aperfeiçoar; (b) o desejo de ser racional; (c) a busca pela preservação da utilidade das suas funções; (d) a

prevenção da falsificação de seus resultados operacionais ou das suas propriedades funcionais; (e) o desejo de adquirir recursos e usá-los de forma eficiente (MUEHLHAUSER; SALAMON, 2012). Essas aspirações são apenas objetivos intermediários e convergentes que levam ao objetivo final para o qual a IA foi criada, e ao alcançar tais objetivos intermediários, visando atingir o objetivo final, a IA pode causar danos a terceiros.

Nesse sentido, consoante a análise dos princípios da operação da IA realizada por Omohundro (2008), Muehlhauser e Salamon (2012) identificam os seguintes fatores que determinam a ocorrência de danos: (i) o objetivo da IA de se preservar para maximizar a satisfação de seus objetivos finais; (ii) o objetivo da IA de preservar o conteúdo de seus objetivos finais - caso contrário, se o conteúdo de seus objetivos finais for alterado, a IA não atuará no futuro para maximizar a satisfação de seus objetivos finais presentes; (iii) o objetivo da IA de melhorar sua própria racionalidade e inteligência para melhorar a sua tomada de decisão e, assim, aumentar sua capacidade para atingir seus objetivos finais; (iv) o objetivo da IA de adquirir o máximo de recursos possível, para que esses recursos possam ser transformados e colocados em prática para a satisfação dos seus objetivos finais.

Os fatores acima demonstram, pois, que a operação da IA baseada na realização de metas pode resultar em danos (ČERKA *et al.*, 2015). O exemplo do robô Gaak ilustra essa circunstância: ele usou a sua experiência acumulada para sobreviver num ambiente mutável. Assim, para atingir o seu objetivo - sobreviver -, o robô logrou escapar do centro de pesquisa e foi parar num estacionamento, onde foi atingido por um carro. O comportamento do robô Gaak surpreendeu até mesmo o seu criador, porque o sistema IA não havia sido programado para realizar ações específicas (WAINWRIGHT, 2002). Gaak tomou a decisão independente de escapar do centro de pesquisa. Nesse contexto, a questão é: quem é responsável pelas ações de Gaak e quem deve compensar os danos causados?

No âmbito da *internet*, também se tem notícia de consequências indesejadas causadas pelos atos independentes da IA. Recentemente, Tsvetkova *et al.* (2017) analisou a interação entre dois *bots*<sup>10</sup> da *Wikipedia*, cuja função era corrigir textos, e concluiu que os *bots* acabavam por desfazer as correções, uns dos outros, e não traziam, efetivamente, resultados práticos. Ocorre que em termo de projeto e concepção os *bots* eram idênticos, e foram a suas experiências e o seu processo de auto-aprendizagem que os levaram a atuar de forma diversa para realizar um determinado objetivo. Parece uma consequência singela, sem muita repercussão quando as

<sup>10</sup> *Bot*, diminutivo de *robot*, também conhecido como *Internet bot* ou *web robot*, é uma aplicação de *software* concebido para simular ações humanas repetidas vezes de maneira padrão, da mesma forma como faria um robô (KONGTHON *et al.*, 2009).

alterações sucessivas ocorrem em um artigo sobre um objeto. Contudo, e se essa “batalha” entre os *bots* se desse no artigo a respeito de uma pessoa pública ou de uma celebridade e essas repetidas e sucessivas edições acabassem por alterar a semântica do texto, vindo a causar danos à honra da pessoa, a quem seria atribuída a responsabilidade?

Resta saber, assim, quais as possíveis soluções acerca da responsabilização pelos danos causados pelos atos que a IA, como se viu, leva a cabo de forma autônoma, isto é, sem qualquer comando ou controle dado por um ser humano.

#### 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS INDEPENDENTES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA TENTATIVA DE ENQUADRAMENTO JURÍDICO

Em apertada síntese, pode-se resumir em três<sup>11</sup> os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil: o ato ilícito ou antijurídico<sup>12</sup> imputável a alguém, o dano e a existência do nexo de causalidade entre o ato e o seu resultado danoso. Na maior parte dos casos de responsabilidade, responderá pelo dano aquele que lhe dá causa, por conduta própria (CAVALIERI FILHO, 2014).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Conforme Kötz e Wagner (2013, pp. 61-62), concentrar a estrutura do delito em três partes é uma tendência geral da responsabilidade civil, mesmo em países de diferentes tradições jurídicas, ressalvadas as devidas particularidades de cada sistema: "A responsabilidade pode ser reduzida a três elementos: lesão a um bem jurídico, violação de um dever e causalidade. Para juristas formados na Responsabilidade Civil tradicional, isso pode não ser familiar, mas o delito em três partes corresponde à prática dos tribunais alemães. (...) A estrutura do delito em três partes corresponde, finalmente, ao padrão normativo europeu emergente. Sob a cláusula geral francesa, o ato ilícito consiste nos elementos *dommage, faute e lien de causalité*, devendo existir o nexo de causalidade entre a conduta ilícita (*faute*) e o dano (*dommage*). O tipo civil mais importante no direito inglês - *negligence* - é composto pelos mesmos três elementos: *breach of duty, damage, causation*. Os projetos de harmonização jurídica europeia também aderiram a essa simples e evidente estrutura básica. Assim, no Art. 1: 101 (2) (a) dos *Principles of European Tort Law* e no artigo VI - 1: 101 (1) DCFR, a responsabilidade baseada na culpa está ligada a que o dano tenha sido 'causado pela conduta culposa'".

<sup>12</sup> A escolha do termo antijurídico pode ser assim justificada: "Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha - íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa. (...) Entendemos que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, por si só, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 21-22).

<sup>13</sup> São exceções a responsabilidade pelo fato de outrem, derivada de um dever de guarda, vigilância e cuidado, nos termos do art. 932 do Código Civil, como a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia, o tutor e o curador pelos pupilos e curatelados, e o pai pelos atos dos seus empregados. Ainda, a responsabilidade do dono do animal pelo fato deste, ou daquele que tinha a guarda da coisa, pelos fatos desta, conforme os artigos 936, 937 e 938 do Código Civil.

Esta é precisamente a razão pela qual alguns autores<sup>14</sup> levantaram a questão de saber se os agentes artificiais devem ser reconhecidos como pessoas jurídicas responsáveis por seus atos. Tal perspectiva parte da ideia de que, se a IA será, de fato, totalmente autônoma - como uma super-inteligência -, então ela deverá ter a capacidade de atentar às suas ações e às consequências indesejáveis de tais ações. E, uma vez que esteja consciente de suas ações, à própria IA poderia ser imputável a responsabilidade por danos causados pelos seus próprios atos. Para tanto, porém, seria necessária uma radical mudança legislativa, que atribuísse, necessariamente, personalidade jurídica a IA.

Se a IA poderá tornar-se uma pessoa jurídica ainda é hoje uma questão apenas teórica. Mesmo projetos legislativos mais avançados na matéria<sup>15</sup> não atribuem personalidade jurídica à IA, pelo contrário. Uma nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL acerca da Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais estabelece, no seu artigo 12, o princípio de que uma pessoa (seja uma pessoa física ou jurídica) em cujo nome um computador foi programado deve ser responsável por qualquer mensagem gerada pela máquina.

Em seguida, a seção explicativa n. 213 descreve que:

O artigo 12 é uma disposição habilitante e não deve ser interpretado, de forma equivocada, como a permitir que um sistema de mensagens automatizado ou um computador seja objeto de direitos e obrigações. As comunicações eletrônicas que são geradas automaticamente por sistemas de mensagens ou computadores sem intervenção direta humana devem ser consideradas como "originárias" da entidade jurídica em nome da qual o sistema de mensagens ou computador é operado. As questões relevantes à agência que possam surgir nesse contexto devem ser resolvidas de acordo com regras fora da Convenção.<sup>16</sup>

Ou seja, a disposição garante que uma negociação eletrônica travada por uma IA seja considerada perfeita, pela teoria da aparência, mas não reconhece a IA como pessoa (ČERKA *et al.*, 2015). Portanto, outra deverá ser a entidade com legitimidade passiva na ação

<sup>14</sup> Cf. LAUKYTĖ, 2012.

<sup>15</sup> A exemplo, o projeto *RoboLAW* (título completo: *Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics Facing Law and Ethics*), lançado oficialmente em março de 2012 e financiado pela Comissão Europeia para investigar formas em que as tecnologias emergentes no campo de bio-robótica (na qual está incluída a IA), vem influenciando os sistemas jurídicos nacionais europeus. A matéria é desafia as categorias e qualificações jurídicas tradicionais, expondo quais os riscos para os direitos e liberdades fundamentais que devem ser considerados, e, em geral, demonstra a necessidade de regulação e como esta pode ser desenvolvida no âmbito interno de cada país (ČERKA *et al.*, 2015). A esse respeito, cf.: PALMERINI, 2012.

<sup>16</sup> Tradução livre do original: "*Article 12 is an enabling provision and should not be mis-interpreted as allowing for an automated message system or a computer to be made the subject of rights and obligations. Electronic communications that are generated automatically by message systems or computers without direct human intervention should be regarded as 'originating' from the legal entity on behalf of which the message system or computer is operated. Questions relevant to agency that might arise in that context are to be settled under rules outside the Convention*".

condenatória à indenização, até porque o nosso sistema jurídico atual não admite uma situação em que danos causados de forma antijurídica não sejam indenizáveis.

Pela mesma razão, ainda que não exista legislação específica a tratar da matéria, se na atualidade ocorrerem danos indenizáveis em decorrência de atos da IA, tais deverão ser imputados a alguém por meio das normas vigentes. Nesse contexto, algumas teorias de responsabilidade civil poderão ser invocadas para resolver questão.

Assim, com respeito às opiniões menos ortodoxas, no presente momento, ainda que tomados sem qualquer controle por parte dos seus criadores, os atos independentes levados a cabo pela IA permanecerão sendo imputáveis àqueles que detêm personalidade jurídica, pessoas físicas ou jurídicas, seja porque desenvolveram o algoritmo e detêm a titularidade da obra, seja porque possuem um dever de guarda ou vigilância, seja porque criaram o risco ou este a eles aproveita, seja porque tiveram a melhor oportunidade de contratar o seguro contra danos.

#### 4.1 IA como obra: a responsabilidade do autor

Está claro que a Inteligência Artificial (IA) não encontra limites teóricos e que inúmeros danos podem dela derivar. Nesse ponto, cabe verificar se é possível imputar a responsabilidade por qualquer ato independente de uma IA aos seus criadores. Para tanto, é necessário atribuir, juridicamente, a autoria e a titularidade do algoritmo a alguém, a partir das definições da Propriedade Intelectual.

Como se viu, o conceito clássico de algoritmo não é capaz de esgotar o alcance dos algoritmos derivados de *machine learning*, porque aquele indica um conjunto de instruções finito, os quais fornecem uma sequência de operações determinadas para solucionar um problema específico. Isso não impede, contudo, a qualificação jurídica da IA como algoritmo: quem deve se adaptar é a definição.

A definição clássica está presente na legislação pátria sobre *software* e alinha-se com o conceito de programa de computador dado por Wachowicz (2007, p 133): “o conjunto de instruções capaz, quando incorporado num veículo legível pela máquina, de fazer com que ela disponha de capacidade para processar informações, indique, desempenhe ou execute uma particular função, tarefa ou resultado”.

O programa de computador, ou *software*, é composto por uma linguagem de programação, que são instruções básicas, conhecidas na linguagem de programação por código-

fonte<sup>17</sup>, e pela compilação, que é o processo de transformação dessas funções básicas em processos executáveis (ALBUQUERQUE, 2006; OLIVEIRA, 2002). Seria o *software*, então, uma expressão estruturada, organizada, com uma combinação de ordens e proposições vinculadas à máquina em código<sup>18</sup>, por qualquer meio, objetivando processar um computador para executar uma função específica.

Na mesma linha, a Lei 9.609/98 (que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências) traz, em seu artigo 1º, a seguinte definição de programa de computador:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Sendo assim, para o Direito da Propriedade Intelectual, seria possível enquadrar a IA como uma aplicação executável de um código-fonte, criado com o fim de analisar uma quantidade maciça de informações e agir de maneira adequada, para atingir fins determinados, com base nos parâmetros estabelecidos no próprio código. Tal conclusão não é necessariamente contrária ao que foi dito anteriormente, a respeito de como a IA supera a definição clássica de algoritmo, sem, contudo, deixar de sê-lo. Trata-se, portanto, de perspectivas distintas: uma na área da tecnologia, enaltecendo a superação da técnica; e outra no âmbito do direito posto, para concluir que a atual legislação deverá tratar das implicações da IA da mesma forma como regula o *software* que não aplica um algoritmo de *machine learning*. Mas não para por aí.

O diploma da Propriedade Intelectual considera que a proteção jurídica dos *softwares* é equivalente a de obras literárias, pois além de possuírem uma linguagem de programação computadorizada em códigos, sequência de letras, números e pontuação, sua criação advém do esforço intelectual de seu criador (PEREIRA, 2005), que usa como base um parâmetro lógico pré-estabelecido (uma linguagem), para exprimir suas ideias. Por consequência, deve receber a proteção legal à sua criação.

Sendo uma programação de IA comparável a um livro, o regime jurídico aplicável para definir de quem é a sua titularidade é o Direito de Autor. Tal regime atribui a titularidade (em outras palavras a propriedade) de um bem criado sob sua tutela para o seu autor, ou seja, para

<sup>17</sup> Código fonte – “sequência de passos lógicos, finitos, descritos numa linguagem de programação a fim de resolver um determinado problema” (OLIVEIRA, 2002, p. 6).

<sup>18</sup> “O código consiste numa determinada sequência de símbolos, para leitura mecânica ou humana, a ser operada por hardware computadorizado, tais como código objeto e código fonte.” (WACHOWICZ, 2007, p. 135).

quem escreveu ou participou do processo criativo de produção da obra. Essa, inclusive, é a disposição do artigo 11 da lei 9.610/98 (Lei de Direito de Autor): “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”. Pertenceriam ao autor, de acordo com o artigo 22 da mesma lei, os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

Sobre a criação do *software*, Medeiros (2017) comenta que o programa de computador poderia surgir do empenho individual de um programador, mas que seria mais comum o seu desenvolvimento pela participação de várias pessoas, no formato de obras coletivas ou colaborativas. E é mais frequente que uma empresa contrate um programador ou um grupo de programadores especificamente para desenvolver um *software* para a empresa contratante. Sobre essa circunstância, estabelece o artigo 4º do referido diploma:

Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

A respeito do tema, Wachowicz (2010) destaca que a criação e desenvolvimento do *software* são realizados por pessoas diferentes, mas poderiam ser organizadas por uma empresa da área de informática, configurando uma obra coletiva, a respeito da qual seria necessário contrato específico. Isso torna possível que uma empresa seja titular dos Direitos Autorais sobre um programa de computador, desde que haja previsão contratual expressa com as pessoas físicas criadoras do programa.

Como sua titular, à empresa caberiam todos os direitos patrimoniais<sup>19</sup> sobre a IA, os quais incluem o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da mesma entre outros, conforme disposição do artigo 28 e seguintes da Lei n. 9.610/98. Isso dá controle absoluto da IA à empresa que encomendou sua produção.

Assim, é possível concluir que a IA é um *software* tutelado pelo Direito de Autor, cuja titularidade é atribuída às pessoas físicas que criaram determinada obra. Da mesma forma, será a empresa contratante a titular do programa, desde que tal determinação esteja expressa no documento que trate sobre a contratação dos programadores para sua criação. Sendo

<sup>19</sup> Os direitos morais não são aplicáveis para programas de computador, por disposição do art. 2º, § 1º da lei 9.609/98, o qual diz: “Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

proprietária do programa, a essa empresa caberiam todos os direitos sobre a IA - e também as obrigações relativas a ela, dentre as quais, a obrigação de indenizar danos causados pelo projeto e pela concepção da IA.<sup>20</sup>

#### 4.2 IA como ferramenta: a responsabilidade indireta do usuário

A interpretação da UNCITRAL, mencionada anteriormente, - de que a pessoa, física ou jurídica, em cujo nome o computador foi programado, deverá ser responsável por qualquer mensagem gerada pela máquina -, está em conformidade com a regra geral de que o operador de uma ferramenta é responsável pelos resultados obtidos pelo seu uso, uma vez que a ferramenta não tem volição independente própria (PAGALLO, 2013).

Pagallo (2013) explica que a responsabilidade na seara dos contratos, dos direitos e obrigações estabelecidos por meio da IA é geralmente interpretada através do ponto de vista jurídico tradicional, que define a IA como ferramenta (*AI-as-tool*). Isso significaria que a responsabilidade objetiva vincula o comportamento da máquina à pessoa física ou jurídica em cujo nome ela age, independentemente de tal comportamento ser planejado ou previsto (ČERKA *et al.*, 2015).

Essa teoria implicaria afirmar uma responsabilidade distinta nos casos em que a IA é utilizada por empresas para prestar serviços e oferecer produtos - isto é, a situação em que a IA age em nome de um fornecedor -, em contraposição a outros casos em que a IA é empregada pelo usuário para desempenhar determinadas atividades sob a supervisão deste.

Isso porque - poderá ser arguido - se a IA têm, efetivamente, a habilidade de aprender da sua própria experiência, haverá um correspondente dever de guarda e vigilância do seu proprietário ou usuário, que é quem seleciona e proporciona experiências à IA. Até porque essas experiências são singulares de cada indivíduo artificial.<sup>21</sup>

Haveria, pois, uma responsabilidade indireta do proprietário ou do usuário da IA, equiparável à responsabilidade do patrão pelos atos do empregado, ou à do dono do animal, ou ainda, à responsabilidade pelo fato da coisa. No Código Civil de 2002, a responsabilidade indireta não decorre mais de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Pelo contrário, o art. 933

<sup>20</sup> Há, por óbvio, nuances a depender dos termos das Licenças de uso de *softwares*. Contudo, não é objeto do presente estudo, até por falta de espaço, aprofundar a temática da propriedade intelectual da IA, bastando situá-la na matéria.

<sup>21</sup> Cf. o caso dos *bots* da *Wikipedia* anteriormente citados - casos em que projetos idênticos de IA, isto é, idênticos algoritmos, desenvolveram métodos diversos de proceder às correções dos textos, justamente porque se baseavam nas suas experiências prévias, que são singulares de cada indivíduo artificial.

estabeleceu a responsabilidade objetiva daquele que possui o dever de guarda ou vigilância (CAVALIERI FILHO, 2014).

Assim, a partir da teoria da IA como ferramenta, surgiria a responsabilidade objetiva para a pessoa em cujo nome a IA age, isto é, à disposição e sob a supervisão de quem a IA se encontra: o seu usuário ou proprietário<sup>22</sup> (ČERKA *et al.*, 2015).

Para Pagallo (2013), as principais repercussões dessa teoria seriam as seguintes: (a) as obrigações estabelecidas pela IA vinculam diretamente a pessoa em nome de quem ela age; (a) somente se poderia afastar essa responsabilidade caso ficasse provado um erro da IA, isto é, um vício do produto, caso em que poderia o proprietário reclamar os danos contra o *designer* ou o produtor da IA, caso provasse que o defeito foi a causa imediata dos danos causados.

#### 4.3 IA como produto: a responsabilidade dos fabricantes

As máquinas que operam e tomam decisões de forma independente serão, em algum momento, introduzidas no mercado. Estima-se que os primeiros dispositivos de IA verdadeiramente autônomos - que devem, inclusive, pôr à prova a adequação das regras de responsabilidade civil atuais - serão os carros projetados para funcionar sem motoristas (VLADECK, 2014).

Pela atual sistemática do Código de Defesa do Consumidor, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. Consoante o parágrafo primeiro do artigo 12, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Por fim, caso as pessoas ali elencadas provem que o defeito inexistiu, ou ainda, que a causa foi exclusiva da vítima ou de terceiro, não haverá responsabilidade.

Sob tal concepção, tais fornecedores elencados não respondem por danos causados por um risco inerente ao produto, um risco intrínseco, atado à sua própria natureza, qualidade da

<sup>22</sup> Por proprietário não se está a tratar daquele que percebe os frutos derivados da autoria do *software* (regulados por licença de uso), e sim do proprietário da coisa, do bem móvel que usa IA. Por exemplo, estima-se que os primeiros bens controlados por inteligência artificial, a serem inseridos no mercado, serão os carros autônomos. Assim, a partir da teoria da IA como ferramenta, caso o carro autônomo viesse a causar um dano indenizável e não apresentasse qualquer vício de produção, seria o proprietário o responsável.

coisa ou modo de funcionamento. São exemplos de risco inerente do produto aqueles apresentados por uma arma, uma faca afiada de cozinha e um veículo potente e veloz. A periculosidade, nesses casos, é normal e conhecida - esperada em razão da sua própria natureza. São as características de normalidade e de previsibilidade que configuram o risco inerente pelo qual não respondem o fornecedor, por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições, cabendo-lhe apenas informar o usuário a respeito desses riscos inevitáveis (CAVALIERI FILHO, 2014).

Resta saber se as consequências lesivas dos atos independentes da IA consistem num risco inerente ao produto ou, em sentido oposto, se a IA que age de forma não determinada e nem prevista por seus programadores e, assim agindo, causa dano, representa um fato do produto pelo simples fato de haver causado dano.

Essa segunda é a opinião de alguns autores sobre o tema, especialmente quando chamados a responder sobre a responsabilização pelos acidentes causados pelo carro autônomo (sem motorista)<sup>23</sup> (VLADECK, 2014). Para essa corrente, deve ser adotada como premissa a de que qualquer dano causado pela IA seja, necessariamente, resultado de uma falha humana *res ipsa loquitur*, seja uma falha de projeto, de montagem ou de informação ao usuário acerca da segurança e do uso apropriado do produto (KINGSTON, 2016).

Essa abordagem não faz qualquer distinção entre os casos em que há um vício de concepção ou de produção da IA, em relação aos casos em que os danos causados pelos atos independentes da IA ocorreram enquanto o produto estava em perfeito funcionamento (VLADECK, 2014). Vale lembrar que é intrínseca à tecnologia da IA a indeterminação dos objetivos intermediários para se alcançar o fim almejado.<sup>24</sup> Sendo assim, enquanto não houver regulação estipulando limites aos meios utilizados pela IA para alcançar o seu objetivo, para todos os efeitos, o produto estará em perfeito estado e efetivamente apresentará a segurança que dele se pode esperar, isso se for posto em prática o dever de informação e o dever de segurança. A questão é justamente essa: ainda que se observem tais deveres, a IA poderá causar danos no seu regular procedimento, os quais serão inevitáveis pelos seus criadores.

<sup>23</sup> Os carros sem motoristas da *Google* já foram testados em vias públicas por anos e por centenas de milhares de quilômetros. Câmeras, dispositivos de posicionamento global, muitos programas analíticos complexos e algoritmos (e outros dispositivos muito além da nossa compreensão), tudo é empregado para proporcionar um carro capaz de dirigir quase da mesma maneira que os humanos fazem - quase porque, na verdade, o fazem melhor. O carro "assiste" a estrada, procura constantemente outros carros, pedestres, obstruções, desvios e assim por diante, e ajusta sua velocidade conforme o tráfego, o clima e todos os outros fatores que afetam a segurança da operação do veículo. São programados para evitar uma colisão com um pedestre, outro veículo ou obstáculos quaisquer. Em toda a operação teste, a *Google* afirmou ter registrado apenas um único acidente (VLADECK, 2014). Tudo indica que: "*Driving is risky because drivers are humans*" (VLADECK, 2014, p. 126).

<sup>24</sup> Cf. o item 2 deste trabalho.

Sob essa perspectiva, seria legítima a defesa do risco inerente ao produto. Nesse sentido, ČERKA *et al.* (2015) defendem o posicionamento de que a responsabilidade somente deverá ser imposta ao produtor se o vício já existir à época em que a IA deixou o seu fabricante ou desenvolvedor. Essa defesa, apesar de parecer singela, é uma cilada: ora, a IA é um sistema de auto-aprendizagem e, por isso mesmo, pode ser impossível traçar a tênue linha entre os danos resultantes do processo da auto-aprendizagem próprio da IA e o vício pré-existente do produto.

De fato, os termos da legislação dificultam o enquadramento dos danos derivados da IA como um fato do produto, o que não significa exonerar os projetistas e fabricantes. Por outro lado, uma outra linha de argumentação seria considerar, a depender do caso concreto, os atos autônomos da IA como um fortuito interno, isto é, um fato imprevisível e, por isso, inevitável, ocorrido no momento da fabricação do produto, e não necessariamente um risco inerente ao produto - uma IA pode ter sido projetada para oferecer um risco x (inerente), e posteriormente apresentar um risco y (fortuito interno, risco adquirido). Nesse caso responderiam os fabricantes.

#### 4.4 IA como risco: a responsabilidade objetiva pelo risco criado

Alguns casos que não se enquadram exatamente na responsabilidade pelo fato do produto poderão vir a ser encaixados na responsabilidade objetiva pela teoria do risco. No sistema pátrio, a cláusula geral da responsabilidade objetiva está disposta no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, qual seja: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Aqui foi adotada a teoria do risco criado, segundo a qual a pessoa que realiza uma atividade<sup>25</sup> cujos riscos não qual é possível controlar completamente, responde pelos danos independentemente de culpa.

Ora, é consenso que a IA apresenta riscos, possivelmente um risco excepcional, frisa-se. E também parece mais adequado considerar tal risco como algo inerente à IA, tendo em vista a sua falta de limites, como já foi exposto anteriormente.

No parágrafo supracitado, sim, é possível enquadrar a responsabilidade por um risco inerente à atividade, isto é, intrínseco, atado à sua própria natureza (CAVALIERI FILHO,

<sup>25</sup> Não se adentrará em pormenores do tema, como o debate acerca do que a expressão "atividade" abrangeria. Cavalieri Filho (2014, p. 218) defende que essa atividade normalmente desenvolvida indica "serviço, ou seja, atuação reiterada, habitual, organizada profissional ou empresarialmente para realizar fins econômicos".

2014), o que não era possível fazer sob a alcunha do fato do produto, que excluía os riscos pelos quais legitimamente se espera.

Nesse ponto, é interessante a abordagem do direito norte-americano, pela chamada teoria de *deep-pocket* (literalmente, "bolso profundo"). Por meio da sua aplicação, toda pessoa envolvida em atividades que apresentam riscos, mas que, ao mesmo tempo, são lucrativas e úteis para a sociedade, deve compensar os danos causados pelo lucro obtido. Seja o autor da IA, seja o fabricante de produtos que empregam IA, aquele que tem o "bolso profundo" deve ser o garante dos riscos inerentes às suas atividades, sendo exigível, inclusive, um seguro obrigatório de danos (ČERKA *et al.*, 2015).

Ou seja, frente aos riscos que a IA apresenta atualmente, a teoria que melhor se coaduna com a função precípua da responsabilidade civil, qual seja, a reparação integral do dano, parece ser a responsabilidade objetiva pelo risco criado, pois é a única que compreende aqueles danos causados por atos autônomos da IA, sem qualquer comando ou controle humano e sem culpa, e que, por outro lado, são inerentes à própria concepção da IA - isto é, não constituem um defeito -, integrando, ademais, uma atividade lucrativa, desejável e útil para a sociedade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva da existência de problemas jurídicos que envolvam inteligência artificial assusta vários juristas e soa como algo tirado da ficção científica. O estudo do tema ainda é muito incipiente no mundo todo, especialmente no Brasil, onde o estímulo à pesquisa acadêmica que poderia produzir tecnologia do tipo não vem sendo tratado como prioridade.

Porém, problemas envolvendo ações independentes executadas por programas de computador já são reais e tendem a afetar não só a sociedade, mas também todo o aparato legal. Citou-se aqui desde os *bots* da *Wikipedia* até carros autônomos da *Google*, além de outros exemplos de aplicação dessa tecnologia. Esses, se olhados com pouca atenção, podem soar mais como casos isolados do que algo que possa afetar significativamente a sociedade.

Entretanto, a tendência é justamente contrária. Já há estudos prevendo que até 2027 a IA será capaz de dirigir caminhões e de que até 2049 esse tipo de tecnologia já estará escrevendo livros *best-sellers* (GRACE, 2017). É razoável de se esperar que até o final do século teremos programas de inteligência artificial atuando em todos os aspectos da vida moderna como transporte, saúde, ciência, educação, cultura e especialmente no exército.

E o sistema legal não pode permanecer alheio a essas tecnologias, pois elas vão alterar consideravelmente o funcionamento das relações sociais nos próximos anos. Por esse motivo, procurou-se neste artigo trazer um pouco sobre como o direito brasileiro trata o tema. Ainda que não se tenha tido a perspectiva de esgotar o assunto, já se percebe que as normas jurídicas existentes não conseguem captar e tutelar todo o escopo do que uma inteligência artificial é capaz de fazer. As definições atualmente existentes são ou insuficientes, como no caso da Propriedade Intelectual, ou aplicáveis apenas em algumas utilizações da IA, como é o caso das modalidades de responsabilidade civil.

Assim, a expectativa é de que esse artigo tenha servido apenas como uma porta de entrada para um assunto que demanda atenção especial de nossos legisladores. Espera-se que no futuro próximo os estudos da legislação aplicada à Inteligência Artificial avancem consideravelmente para extrapolar as meia-soluções que a legislação atual atribui para esse tema crescentemente complexo e importante.

## 6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Adriana Haack Velho. **A comercialização de software no Brasil: aspectos relevantes**. In: BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (Orgs.). Manual de direito eletrônico e internet. São Paulo: Lex, 2006. p. 473-487.

BOGOST, Ian. **Why Zuckerberg and Musk are fighting about the robot future**. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/07/musk-vs-zuck/535077/>>. Publicado em: 27/07/2017.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei dos Direitos Autorais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)>

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. **Computer Law & Security Review**. Elsevier, v. 31, n. 3, jun. 2015, p. 376-389.

CHAKRABORTY, Biplab. **Artificial Intelligence (AI): Will it help or hurt mankind?** Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/artificial-intelligence-ai-help-hurt-mankind-biplab-chakraborty?trk=v->

feed&lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad\_flagship3\_feed%3BrIfrhf9ZTCqLDC%2FCzJS%2BFw%3D%3D>. Publicado em: 06/08/2017.

DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world. 2015.

FINLEY, Clint. **Amazon's Giving Away the AI Behind Its Product Recommendations**. 2016. Disponível em: <<https://www.wired.com/2016/05/amazons-giving-away-ai-behind-product-recommendations/>>. Acesso em: 24/08/2017.

GRACE, Katja; SALVATIER, John; DAFOE, Allan; ZHANG, Baobao; EVANS, Owain; **When Will AI Exceed Human Performance? Evidence from AI Experts**. arXiv:1705.08807, 2017. Disponível em: <<https://arxiv.org/abs/1705.08807>> Acesso em: 24/08/2017

GREENE, Jayson. **Do Androids Dream of Electric Guitars? Exploring the Future of Musical A.I.** 2017. Disponível em: <<http://pitchfork.com/features/overtones/10091-do-androids-dream-of-electric-guitars-exploring-the-future-of-musical-ai/>>. Acesso em: 24/08/2017

KINGSTON, J. K. C. Artificial Intelligence and legal liability. In: BRAMER, Max (Ed.); PETRIDIS, Miltos (Ed.). **Research and Development in Intelligent Systems XXXIII: incorporating applications and innovations in Intelligent Systems XXIV** (Proceedings of AI-2016, The Thirty-Sixth SGAI International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence). Cham (CH): Springer International Publishing AG, 2016.

KNIGHT, Will. The dark secret at the heart of AI: no one really knows how the most advanced algorithms do what they do - that could be a problem. **MIT Technology Review**, abril 2017, disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>>, acesso em: 13/08/2017.

KONGTON, Alisa; SANGKEETTRAKARN, Chatchawal; KONGYOUNG, Sarawoot; HARUECHAIYASAK, Choochart. **Implementing an online help desk system based on conversational agent**. Publicado em: Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems, Article No. 69, França, 2009.

KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. **Deliktsrecht**. 12. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2013, pp. 61-62.

LAUKYTĖ, Miglė. Artificial and Autonomous: A Person? In: CRNKOVIC, Gordana Dodig-; ROTOLO, Antonino; SARTOR, Giovanni; SIMON, Judith; SMITH, Clara (Ed.). **Social Computing, Social Cognition, Social Networks and Multiagent Systems Social Turn - SNAMAS 2012**. Birmingham (UK): The Society for the Study of Artificial Intelligence and Simulation of Behaviour, 2012. Disponível em: <<http://events.cs.bham.ac.uk/turing12/proceedings/11.pdf>>. Acesso em: 20/08/2017.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **A Sobreposição De Direitos De Propriedade Intelectual No Software: Coexistência Entre Direito De Autor E Patente Na Sociedade Informacional**. Editora GEDAI, 2017.

MUEHLHAUSER, Luke; SALAMON, Anna. Intelligence explosion: evidence and import. In: EDEN, Amnon; SØRAKER Johnny; MOOR, James H.; STEINHART, Eric (Eds.). **Singularity hypotheses: a scientific and philosophical assessment**. Heidelberg: Springer, 2012. p. 15-42. Disponível em: <<http://intelligence.org/files/IE-EI.pdf>>. Acesso em 20/08/2017.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>>. Acesso em: 30 ago. 2017

OLIVEIRA, Álvaro Borges. **Novos direitos: direito de informática e a tributação de programa de computador**. Florianópolis: Momento Atual, 2002.

OMOHUNDRO, S. M. The basic AI drives: self-aware systems. In: **Proceedings of the 2008 conference on Artificial General Intelligence**. Amsterdã: IOS Press, 2008. p. 483-492.

PAGALLO, Ugo (Org.). **The laws of robots: crimes, contracts, and torts**. Heidelberg: Springer, 2013.

PALMERINI, Erica. The interplay between law and technology, or the RoboLaw. In: PALMERINI, Erica; STRADELLA, Elettra (Eds.). **Law and Technology: The Challenge of Regulating Technological Development**. Pisa: Pisa University Press, 2012, p. 208 e ss. Disponível em: <[http://www.robolaw.eu/RoboLaw\\_files/documents/Palmerini\\_Intro.pdf](http://www.robolaw.eu/RoboLaw_files/documents/Palmerini_Intro.pdf)>. Acesso em: 20/08/2017.

PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. **Proteção jurídica do software no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

POOLE, David; MACKWORTH, Alan. **Artificial Intelligence: Foundations of Computational Agents**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010.

RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. **Artificial Intelligence: a modern approach**. 3. Ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2014.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil e a Inteligência Artificial nos contratos eletrônicos na sociedade de informação. **Revista dos Tribunais**, Ano 97, nov. 2008, v. 877, p. 27-40.

TSVETKOVA M, GARCÍA-GAVILANES R, FLORIDI L, YASSERI T. **Even good bots fight: The case of Wikipedia**. PLoS ONE 12(2): e0171774, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0171774>>

TUTT, Andrew, **An FDA for Algorithms** (15 de março, 2016). 69 Admin. L. Rev. 83 (2017). Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2747994>>

VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. **Washington Law Review**, n. 89, ano 2014, p. 117 e ss.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. 1.ed. Florianópolis: Editora Gedai, 2010. Disponível em:<[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_marcoswachowicz\\_direitoautorale\\_6.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_marcoswachowicz_direitoautorale_6.pdf)>. Acesso em: 19/08/2017.

\_\_\_\_\_. **Os elementos que integram a noção jurídica do software**. In: KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal: o direito na tecnologia da informação**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 131-136.

WAINWRIGHT, Martin. Robot fails to find a place in the sun. **The Guardian**, 20/06/2002, disponível em: <<http://www.theguardian.com/uk/2002/jun/20/engineering.highereducation>>. Acesso em: 20/08/2017.

WONG, Joon Ian, **Norway is furious with Facebook and its algorithms for “censoring” an iconic war photo**. 2016. Disponível em: <<https://qz.com/777855/norway-facebook-censorship-norway-is-furious-with-facebook-and-its-algorithms-for-censoring-the-pulitzer-prize-winning-war-photo-of-a-young-girl-fleeing-a-napalm-attack-the-terror-of-war/>>.

## A RESPONSABILIDADE DE PROTEGER NO ÂMBITO DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS: UM ESTUDO DOS CASOS LÍBIO E SÍRIO

*Milena dos Santos Oliveira\**

**Palavras-chave:** intervenções humanitárias; Conselho de Segurança; Responsabilidade de Proteger; Síria; Líbia.

**Resumo:** A doutrina da Responsabilidade de Proteger (R2P) foi aceita na Organização das Nações Unidas (ONU) em 2005 e, desde então, vem sendo aplicada como uma nova perspectiva de proteção internacional. A doutrina busca regulamentar as Intervenções Humanitárias, principalmente as ações militares, tentando garantir a aplicação das características básicas de direitos humanos internacionais, especialmente a universalidade e a inviolabilidade. Dessa forma, o presente artigo teve como objetivo analisar os aspectos que circundam a Responsabilidade de Proteger e sua aplicabilidade. A pesquisa foi bibliográfica, sendo utilizados livros e artigos de autores como Gareth Evans e Alex J. Bellamy, estudiosos e críticos da Doutrina da Responsabilidade de Proteger. Além disso, foi utilizado o Relatório da Comissão em Soberania e Intervenção Estatal (ICISS), documento que pela primeira vez abordou o conceito de R2P. Finalmente, foi feita uma comparação entre a resolução 1973 que marcou o uso da Responsabilidade de Proteger durante a guerra civil na Líbia e a proposta de resolução para o conflito sírio, ambas do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Ao analisar os discursos dos países membros do Conselho de Segurança da ONU foi possível perceber que a aplicação de doutrinas de proteção internacional ainda está condicionada aos interesses econômicos e políticos da comunidade internacional.

**Keywords:** humanitarian interventions; Security Council; Responsibility to Protect; Lybia; Syria.

**Abstract:** The Responsibility to Protect doctrine (R2P) was accepted by the United Nations (UN) in 2005 and has since been applied as a new perspective of international protection. The doctrine seeks to regulate Humanitarian Interventions, mainly military actions, trying to guarantee an application of the basic characteristics of human rights, especially the universality

\* Discente do 3º ano do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, campus São Bento do Sul, telefone: (47) 99641-0620, e-mail: milena\_santosoliveira@yahoo.com

and the inviolability. Thus, the present article aimed to analyze the aspects that surround the Responsibility to Protect and its application. The research was bibliographical, using books and articles by authors such as Gareth Evans and Alex J. Bellamy, scholars and critics of the Doctrine of Responsibility to Protect. In addition, the Commission's Report on Sovereignty and State Intervention (ICISS), a document that for the first time addressed the concept of R2P, was **analyzed**. Finally, a comparison was made between the 1973 resolution that marked the use of the Responsibility to protect in the Lybian civil war and a proposed resolution for the Syrian conflict, United Nations Security Council Embassies. By analyzing the speeches of the members of the UN Security Council it was possible to realize that the application of doctrines of international protection is still conditioned to the economic and political interests of the international community.

### 1 INTRODUÇÃO

Em 2011, a Síria, importante país no Oriente Médio, se encontrou em uma Guerra Civil. Inspirados pela primavera árabe a população se levantou contra o regime do ditador Bashar Al-Assad e em 4 anos a imprensa internacional foi rapidamente inundada por fotos e notícias do que seria responsável pela maior crise de refugiados dos últimos tempos, a qual eclodiu em 2015. Seis anos após o início da Guerra na Síria pouco se fala ou se faz para tentar mediar ou solucionar o conflito.

A ação da comunidade internacional sempre foi controversa no que tange às intervenções militares em outros países, principalmente considerando os princípios clássicos do Direito Internacional. O cenário e os dilemas que são encontrados para a possível resolução da guerra civil síria lembram em muito os dilemas enfrentados durante o final do século XX durante os conflitos em Ruanda, Kosovo e Bósnia.

A Organização das Nações Unidas, principal órgão internacional mediador de conflitos, criado após a segunda grande guerra com o objetivo específico de alcançar a paz entre os povos, encontra-se novamente inerte e sem conseguir encontrar soluções rápidas e eficazes para conflitos e se depara com desafios que envolvem muito mais do que apenas a proteção da população civil.

Com o objetivo de auxiliar na proteção internacional é que surge a Doutrina da Responsabilidade de Proteger, objeto de estudo do presente artigo. De que forma a doutrina está sendo utilizada pela comunidade internacional e mais especificamente pela Organização

das Nações Unidas e porque até o momento ela ainda não teve efetividade quanto à Guerra da Síria são as perguntas que o presente artigo tentou responder. O artigo explorou a hipótese que há questões políticas e econômicas que influenciam as tomadas de decisões dos membros do Conselho de Segurança, principalmente os permanentes. Para isso foi realizada pesquisa bibliográfica e um estudo comparado entre os casos os últimos casos com maior repercussão na comunidade internacional, Líbia e Síria.

### 1.1 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER

A apresentação de conceitos clássicos do Direito Internacional, como a soberania e a não intervenção, são imprescindíveis para o estudo da Responsabilidade de Proteger. Além disso, é necessário conhecer o momento do surgimento da doutrina e de que forma ela foi projetada para ser aplicada.

A Carta das Nações Unidas (ONU) é o documento que sintetiza os princípios importantes para as relações internacionais após a Segunda Guerra Mundial. Portanto, em toda sua extensão, preza pela igualdade e a paz dos povos. De forma a assegurar esses valores, o artigo 2º da Carta elenca os princípios fundamentais que regem as relações entre os países signatários, dos quais se infere como essencial o princípio da não intervenção, corolário da soberania.

Entretanto, o art. VII da Carta da ONU garante a ação do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) nas situações em que houver ameaça ou ruptura da paz e atos de agressão. Dessa forma, com o objetivo de assegurar o escopo principal da Organização, se permite a ingerência em assuntos internos, uma vez que o órgão goza de legitimidade a partir do momento da ratificação do tratado. Nessa esteira, Accioly (2008, p.470) leciona:

Intervenção em direito internacional é a ingerência de um estado nos negócios peculiares, internos ou externos, de outro estado soberano com o fim de impor a este a sua vontade. A dúvida existente é saber se as medidas tomadas por uma organização internacional podem ser qualificadas como intervenção. Tratando-se de organização de que o estado seja membro e tenha aceito livremente o respectivo estatuto, como no caso das Nações Unidas, as medidas eventualmente tomadas pela organização não podem ser assim qualificadas.

Ao analisar a possibilidade da Organização das Nações Unidas em promover as intervenções, os estudiosos se dividem em várias correntes. Os solidaristas, conjuntamente com os realistas legais, acreditam na legalidade da intervenção humanitária afirmando que a proibição do artigo 2º, §4º (da Carta da ONU) “só se aplica usando a intervenção ameaça à

independência política ou à integridade territorial do Estado” (ROSAS, 2006, p.12). Do outro lado, há aqueles que são contra o uso da força uma vez que “a Carta da ONU não previu sanções para violações a direitos humanos (ROSAS, 2006, p.12)”.

Desenvolvendo a vertente dos solidaristas, vários são os argumentos utilizados para corroborar as intervenções humanitárias. Primeiramente, destaca-se que a Carta das Nações Unidas data de 1945, ou seja, logo após a Segunda Guerra Mundial, momento em que “a preocupação com a soberania superava a preocupação com os direitos humanos o que pode explicar a falta de autorização expressa de intervenções humanitárias” (JUBILUT, 2008, p. 10).

Ainda, como esclarece Rosas (2006, p. 15) considerando que a ameaça à paz é expressamente elencada no rol das situações nas quais as intervenções são permitidas, foi necessária uma interpretação extensiva desse conceito para legitimar as intervenções humanitárias, considerando que a violação dos direitos fundamentais, apesar de aparentemente se tratar de um assunto interno, pode gerar instabilidade e consequências que ameaçariam a estabilidade regional ou mundial. No mesmo sentido, de acordo com Andrew Natsios (1997, apud Régis, 2006, p.9):

a complexidade das crises humanitárias é determinada por cinco características comuns: a deterioração por completo colapso da autoridade do governo central de um determinado Estado; existência de conflitos de natureza étnica ou religiosa e seus consequentes abusos dos direitos humanos; falta de segurança alimentar, fome em massa; colapso macroeconômico, principalmente, envolvendo hiperinflação, desemprego em grande escala, e redução drástica do produto interno bruto; e, finalmente, fluxo migratório de refugiados que buscam abrigo e alimentação.

Portanto, é responsabilidade da comunidade internacional evitar as crises humanitárias, como forma de garantir a segurança internacional.

Desde então, várias foram as situações nas quais Estados invocaram o Capítulo VII com a intenção de legitimar suas intervenções. O final do século XX foi marcado por episódios que colocaram a prova os mecanismos da Carta das Nações Unidas. As ações e intervenções em Ruanda, Bósnia e Kosovo, três dos principais exemplos das “intervenções humanitárias”, foram alvo de críticas da comunidade internacional e a ONU se deparou em uma crise de legitimidade, uma vez que não apresentou respostas satisfatórias aos massacres (FIGUEIREDO, 2017).

No início do século XXI era notória a necessidade de marcos normativos claros em segurança internacional e uma vez que o debate intervenção x soberania nunca foi esgotado, em 2000, o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, convocou a comunidade

internacional para discutir sobre intervenções e abusos, principalmente aqueles que ocorressem com o aval ou a participação do Estado:

Tentar encontrar, de uma vez por todas, um novo consenso em como abordar essas questões, forjar uma unidade em questões básicas de princípios e processos envolvidos. Se a intervenção humanitária constitui, efetivamente, um atentado inadmissível à soberania, como deveríamos reagir a situações como Ruanda ou Srebrenica – a violações flagrantes e sistemáticas dos direitos humanos que ofendem todos os preceitos em que assentam a nossa condição comum de seres humanos? (ANNAN, 2000, p.48)<sup>1</sup>

Desse chamado emergiu a doutrina da “Responsabilidade de Proteger”. Desenvolvida pelo Canadá na Comissão Internacional em Intervenção e Soberania Estatal (ICISS). A R2P se divide em três pilares: Responsabilidade de Prevenir, Responsabilidade de Reagir e a Responsabilidade de Reconstruir.<sup>2</sup>

A Responsabilidade de Prevenir atua em caráter preventivo, de forma a evitar que uma intervenção militar aconteça. Dessa forma, o governo interno e a comunidade internacional devem se unir para garantir o fortalecimento da soberania de cada Estado, evitando o “Estado-falido”. Esse fortalecimento pode ocorrer com ajuda econômica, tecnológica e principalmente reforçando as instituições políticas:

A prevenção de conflitos com mortes? e outras formas de catástrofe causada pelo homem é, como acontece com todos os outros aspectos da responsabilidade de proteger, em primeiro lugar, a responsabilidade dos Estados soberanos e das comunidades e instituições dentro deles. Um compromisso nacional firme para garantir um tratamento justo e oportunidades justas para todos os cidadãos fornece uma base sólida para a prevenção de conflitos. Esforços para garantir a responsabilidade e a boa governança, proteger os direitos humanos, promover o desenvolvimento social e econômico e assegurar uma distribuição justa dos recursos podem constituir os meios necessários. (ICISS, 2001, p.19)<sup>3</sup>

O conceito de “Estado-falido”, entretanto, é uma das críticas à doutrina por não definir o que caracterizaria essa circunstância. Alguns autores advogam que a perda da autonomia frente à comunidade internacional já seria suficiente para uma intervenção. Entretanto, cabe

<sup>1</sup> Tradução livre de: Try to find, once and for all, a new consensus on how to approach these issues, to ‘forge unity’ around the basic questions of principle and process involved. If humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to Rwanda, to Srebrenica – to gross and systematically violations of human rights that affect every precept of our common humanity?”

<sup>2</sup> This responsibility has three integral and essential components: not just the responsibility to *react* to an actual or apprehended human catastrophe, but the responsibility to *prevent* it, and the responsibility to *rebuild* after the event. (ICISS, 2001, p. 17)

<sup>3</sup> Tradução livre de: Prevention of deadly conflict and other forms of man-made catastrophe is, as with all other aspects of the responsibility to protect, first and foremost the responsibility of sovereign states, and the communities and institutions within them. A firm national commitment to ensuring fair treatment and fair opportunities for all citizens provides a solid basis for conflict prevention. Efforts to ensure accountability and good governance, protect human rights, promote social and economic development and ensure a fair distribution of resources point toward the necessary means.

ressaltar que no novo modelo internacional, surgido principalmente após a Segunda Guerra Mundial, os Estados estão interligados e submetidos a uma ordem supranacional. Percebe-se, portanto, o decaimento da autonomia perante as decisões internacionais. Logo, Held (1989, *apud* RÉGIS, 2006, p.11) sustenta:

Seria errado concluir que, uma vez que um determinado Estado sofreu um declínio na sua liberdade de ação internacional, a soberania estaria completamente minada ... Os políticos podem muitas vezes ter aspirado a um mundo marcado pela total liberdade de ação, mas sempre foram forçados a reconhecer, no final, que os Estados não existem isoladamente e que o sistema internacional de Estados é um sistema de poder *sui generis*. A questão crítica, portanto, é: os Estados enfrentam uma perda de soberania porque novos tipos de "autoridades superiores" se estabeleceram de fato no mundo internacional e / ou porque sua liberdade de ação (autonomia) diminuiu até um ponto que é não é mais significativo dizer que a autoridade suprema repousa em suas mãos?<sup>4</sup>

Caso a crise não seja evitada surge o segundo pilar: a responsabilidade de reagir. Segundo o relatório da ICISS não necessariamente a reação deverá ser militar, utilizando-a apenas quando for inevitável e sempre preferindo opções econômicas, políticas e judiciais. Ainda, todas as ações devem ser consideradas cautelosamente de forma a não prejudicar ainda mais a vida dos civis.

Finalmente, o terceiro pilar da R2P consiste na responsabilidade de reconstruir que se define como “um compromisso de contribuir com a concretização de uma paz que perdure, da implementação de uma boa governança e do desenvolvimento sustentável” (RIBEIRO, 2015, p. 60) evitando que o Estado volte a se reinserir no caos. Segundo o Relatório da Convenção:

Garantir a reconstrução e a reabilitação sustentáveis envolverá o compromisso de fundos e recursos suficientes e uma estreita cooperação com as pessoas locais, e pode significar permanecer no país por um período de tempo após os objetivos iniciais da intervenção terem sido realizados. Muitas vezes, no passado, a responsabilidade de reconstruir foi insuficientemente reconhecida, a saída dos intervenientes foi mal administrada, o compromisso de ajudar com a reconstrução foi inadequado e os países se encontraram ao final do dia ainda lutando com os problemas que produziram a ação de intervenção original. (ICISS, 2001, p.39).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Tradução livre de: Would be wrong to conclude that because a State has experienced a decline in its international freedom of action, sovereignty is thereby wholly undermined... Politicians may often have aspired to a world marked by total freedom of action, but they have always been forced to recognize, in the end, that states do not exist in isolation and that the international system of states is a power system *sui generis*. The critical question, therefore, is: do states face a loss of sovereignty because new types of 'superior authority' have in fact crystallized in the international world and/or because their freedom of action (autonomy) has declined to a point which it is no longer meaningful to say that supreme authority rests in their hands?

<sup>5</sup> Tradução livre de: Ensuring sustainable reconstruction and rehabilitation will involve the commitment of sufficient funds and resources and close cooperation with local people, and may mean staying in the country for some period of time after the initial purposes of the intervention have been accomplished. Too often in the past the responsibility to rebuild has been insufficiently recognized, the exit of the interveners has been poorly

Quatro anos após a Convenção, a doutrina da Responsabilidade de Proteger foi adotada na Organização das Nações Unidas perante a Assembleia Geral como resultado do World Summit Outcome 2005<sup>6</sup>, entretanto, o debate intervenção x soberania ainda não estava encerrado.

## 1.2 RESPONSABILIDADE DE PROTEGER: SOBERANIA E INTERVENÇÃO

O segundo pilar da responsabilidade de proteger é o que efetivamente trata sobre as intervenções. É também nesse pilar que a principal mudança proposta pela responsabilidade de proteger fica explícita: a resignificação do conceito westfaliano de soberania.

Soberania em sua concepção clássica significa “the capacity to make authoritative decisions with regard to the people and resources within the territory of the state” (ICISS, 2001, p.12), ou seja, a qualidade que caracteriza o poder supremo do Estado dentro do seu território no que concerne à população e recursos bem como em suas relações com outros Estados. Dessa forma, um Estado soberano não precisa se submeter a outro e nem este pode interferir de qualquer forma naquele. Segundo Cusimano (2000 *apud* RÉGIS, 2006, p.8): “não importa a forma que o Estado assuma. Tudo o que ele necessita é o reconhecimento dos outros de sua qualidade como soberano, dentro da sua jurisdição territorial”.

Entretanto, a Comissão transformou o significado de soberania e consequentemente o conceito de intervenção. Soberania a partir de 2001 deixa de ser um direito do Estado e passa a ser uma responsabilidade (ICISS, 2001). O Estado soberano fica condicionado a proteger sua população contra genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e limpezas étnicas. Ao mesmo tempo, essa responsabilidade é exercida interna e externamente, e à comunidade internacional resta uma responsabilidade subsidiária. O conceito da Responsabilidade de Proteger se desenvolve então, a partir do momento em que o Estado não consegue realizar essa proteção.

É a partir dessa mudança da concepção de soberania que o segundo pilar da doutrina deve ser aplicado: a responsabilidade de intervir. O Relatório da comissão traz requisitos formais para o desencadeamento de uma intervenção, principalmente militar, por parte da

managed, the commitment to help with reconstruction has been inadequate, and countries have found themselves at the end of the day still wrestling with the underlying problems that produced the original intervention action.

<sup>6</sup> O texto completo pode ser acessado em: <http://www.un.org/womenwatch/ods/A-RES-60-1-E.pdf>

comunidade internacional. Devem ser observados seis princípios: justa causa, quatro princípios de precaução e a autoridade legítima.

É importante ressaltar que todos esses princípios têm como objetivo demonstrar que uma intervenção militar não deve ocorrer deliberadamente, mas apenas como medida excepcional:

Para que isso seja justificado, os civis devem enfrentar a ameaça de danos sérios e irreparáveis, de duas maneiras excepcionais. A primeira é a perda de vida em grande escala, real ou antecipada, com intenção genocida ou não, que é produto de ação estatal deliberada, negligência estatal, incapacidade de agir ou falha no Estado. O segundo é a "limpeza étnica" em grande escala, real ou antecipada, seja realizada por matança, expulsão forçada, atos de terror ou estupro (EVANS, 2002, p.103)<sup>7</sup>

Ademais, a análise do cenário passível de intervenção deve ser feita minuciosamente, e caso a ação seja desencadeada, os parâmetros devem ser fixados considerando quatro princípios de precaução, como ensina NOROOZ (2015, p.4):

A comissão apresentou os seguintes princípios de precaução para agregar a legalidade da intervenção:

Intenção correta: o objetivo principal da intervenção deve ser parar ou evitar o sofrimento humano

Último recurso: a intervenção militar só pode ser justificada quando todas as opções não-militares para prevenção ou resolução pacífica da crise foram exploradas

Meios proporcionais: A escala, duração e intensidade da intervenção militar planejada deve ser o mínimo necessário para garantir o objetivo definido de proteção humana.

Perspectivas razoáveis: deve haver uma chance razoável de sucesso<sup>8</sup>

Quanto à forma pela qual irá se admitir essa intervenção o Relatório da Convenção aponta o Conselho de Segurança das Nações Unidas como órgão legítimo e responsável por autorizar qualquer forma de intervenção. A Convenção, entretanto, reconhecendo as limitações que circundam as aprovações do órgão, propõe que os membros permanentes do CSNU não utilizem seu poder de veto:

Dessa forma, a ICISS, conforme consta de seu relatório, propõe que os cinco membros permanentes do CS aceitem não utilizar o veto quando se tratar de

<sup>7</sup> Tradução livre de: For it to be warranted, civilians must be faced with the threat of serious and irreparable harm, in one of just two exceptional ways. The first is large-scale loss of life, actual or anticipated, with genocidal intent or not, which is the product of deliberate state action, state neglect, inability to act, or state failure. The second is large-scale “ethnic cleansing”, actual or anticipated, whether carried out by killing, forced expulsion, acts of terror, or rape

<sup>8</sup> Tradução livre de: The commission put forward the following precautionary principles to address the legality of intervention:

Right intention: the primary purpose of the intervention must be halt or avert human-suffering

Last resort: Military intervention can only be justified when every non-military option for the prevention or peaceful resolution of the crisis has been explored

Proportional means: The scale, duration and intensity of the planned military intervention should be the minimum necessary to secure the defined human protection objective.

Reasonable prospects: there must be a reasonable chance of success

matéria que não compreenda seus interesses estatais essenciais, a fim de não obstruir a aprovação de resoluções que autorizem intervenção militar com propósito humanitário que possui apoio da maioria dos membros do órgão. Caso tal sugestão não seja acolhida pelo CS, ou em situação que o mesmo não apreciar, em tempo razoável, a necessidade de intervenção militar, a ICISS recomenda que o tema seja examinado pela AG, em sessão especial de emergência, com base na Resolução 377-V(A) (Uniting for Peace); ou que seja realizada a intervenção pela organização regional ou sub-regional, fundada no Capítulo VIII da Carta, e, posteriormente, requisitada autorização ao CS. (RIBEIRO, 2015, p.60)

O Conselho de Segurança é um órgão político, pois seus membros permanentes agrupam cinco potências (Estados Unidos, Rússia, Reino Unido, França e China) que foram vencedoras da Segunda Guerra Mundial, a qual, logo após seu término, foi precedida da criação da ONU e consequentemente do CSNU. Portanto, sua indicação como autoridade competente pode ter diferentes reflexos na aplicação da Responsabilidade de Proteger. Nos últimos anos, a Responsabilidade de Proteger foi mencionada em várias resoluções do Conselho de segurança para legitimar intervenções, militares ou não. O conceito, que apresentava lacunas desde sua origem, foi lapidado durante várias discussões e aplicações. Em 2008, após o ciclone Nargis atingir o Mianmar, foi definido que a responsabilidade de proteger não poderia ser aplicada em crises decorrentes de desastres naturais (JUNK, 2015). A Líbia e a Síria são os casos mais recentes e simbólicos de discussão em segurança internacional.

O próximo capítulo pretende apresentar esses dois casos e discutir a aplicação ou não da Responsabilidade de Proteger, levantando a hipótese que as doutrinas de segurança internacional estão condicionadas aos aspectos políticos e econômicos do CSNU.

## 2. ESTUDO DE CASO: LÍBIA E SÍRIA

### 2.1 LÍBIA

A Líbia foi o primeiro caso de uso da Responsabilidade de Proteger em uma intervenção militar. O país norte africano, rico em petróleo, estava sob o regime do ditador Muammar Kadafi desde 1969. Em 2011 os movimentos da Primavera Árabe atingiram o país, que mergulhou em uma guerra civil. A situação se agravou e em 17 de Março de 2011 o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1973<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Texto completo encontra-se em: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011))

A Resolução tinha como objeto uma criação de *no-fly zone* no espaço aéreo líbio e como objetivo, tomar todas as medidas necessárias para a proteção dos civis (NOROOZ, 2015, p. 28)<sup>10</sup>. A Operação Protetor Unificado deveria seguir os termos da Resolução 1973 e foi guiada pela OTAN o que logo chamou a atenção de alguns Estados-membros pois “apesar das promessas, a impressão que logo se formou era que a OTAN não era imparcial, mas estava buscando a mudança do regime” (NOROOZ, 2015, p. 28)<sup>11</sup>. De acordo com Evans (2014, p. 20):

As reais acusações relacionadas aos dias e meses que se seguiram, quando se tornou muito evidente, tanto das suas palavras quanto da sua ação, que os três Estados membros permanentes que dirigem a intervenção (EUA, Reino Unido e França, ou o "P3") resolveriam se engajar em nada menos do que a mudança do regime, e que fariam o que for necessário para conseguir isso.<sup>12</sup>

Os resultados e desdobramentos da “Operação Protetor Unificado” “concretizou as suspeitas de que a intervenção envolveria mais do que uma administração do espaço aéreo líbio” (SILVA, 2015, p. 59) e consequentemente, mais do que a proteção da população civil.

Além disso, a operação foi encerrada logo após a destituição de Muammar Kadafi, e o terceiro pilar da responsabilidade de proteger – responsabilidade de reconstruir – nunca foi devidamente instalado:

No caso da Líbia, o sucesso foi prejudicado pelo fracasso da comunidade internacional em implementar a responsabilidade de reconstruir. A responsabilidade internacional de reconstrução deve lidar com o desenvolvimento sustentável e o crescimento econômico na Líbia, bem como com o desarmamento, a reconciliação nacional e a recuperação construída a partir das ruínas da infraestrutura política da Líbia. (NOROOZ, 2015, p. 31)<sup>13</sup>

### 2.2 SÍRIA

A guerra civil síria eclodiu na mesma época que a guerra na Líbia, no contexto da Primavera Árabe. Inicialmente, alguns grupos se insurgiram contra o regime de Bashar Al-

<sup>10</sup> “To take all necessary measures to protect civilians and civilian populated areas.”

<sup>11</sup> Tradução livre de: “despite these promises, the impression was quickly formed that NATO was not an impartial player. Indeed, willingly or unwillingly it was after a regime change”

<sup>12</sup> Tradução livre de: The real complaints related to the days, and months which followed, when it became very evident, from both their words and deed, that the three permanent member states driving the intervention (the US, UK and France, or “P3”) would settle for nothing less than regime change, and do whatever it took to achieve that.

<sup>13</sup> Tradução livre de: In the case of Libya, the success has been undermined by the failure of the international community to implement the responsibility to rebuild. The international responsibility to rebuild should deal with sustainable development and economic growth in Lybia, as well as disarmament, national reconciliation and recovery built from the ruins of Libya’s political infrastructure.

Assad, entretanto, ao longo dos anos a guerra tomou outras proporções, envolvendo grupos religiosos sectários, como o autointitulado Estado Islâmico e grupos étnicos como os Curdos.

Contudo, a reação da comunidade internacional para a guerra na Síria se prolonga desde 2011, sem ainda alcançar uma resposta satisfatória. Algumas resoluções foram aprovadas pelo conselho de segurança, principalmente após ataques com armas químicas<sup>14</sup>, entretanto, nenhuma delas invocando a responsabilidade de proteger, apesar de várias serem colocadas à votação. A primeira delas, votada em Outubro de 2011, foi vetada pela Federação Russa, membro permanente do Conselho de Segurança e os argumentos utilizados para justificar seu veto repetiram-se ao longo de outras tentativas de aprovação.

Em comparação com os votos da resolução 1973, a contextualização do conflito sírio se faz de forma muito mais complexa. Há a apresentação de todos os grupos envolvidos no conflito, o que torna a definição de quem seria o responsável pelas violações de direitos humanos ainda mais complicada. “A caracterização do ambiente político na Síria não é desinteressada; ela dificulta a formulação de uma resposta externa ao conflito” (SILVA, 2015, p. 68). A representação russa pondera que uma abordagem nos moldes propostos seria conducente a uma “desestabilização na região como um todo”, e que “[o] colapso na Síria como um resultado de uma guerra civil teria um impacto muito destrutivo em todo o Oriente Médio” (SILVA, 2015, p. 56). A declaração russa foi acompanhada pelo representante indiano:

[t]anto historicamente quanto na contemporaneidade, a Síria tem sido um país importante no Oriente Médio. Seu papel no processo de paz do Oriente Médio e na estabilidade de toda a região não pode ser superenfaticada. Instabilidade prolongada e distúrbio na Síria, portanto, claramente tem ramificações para a região e para além dela. (SILVA, 2015, p. 56)

Os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança são seletivos quando e onde intervir e essa seletividade está diretamente ligada aos seus interesses nacionais. Nesse sentido, a Rússia foi o único dos cinco que utilizou seu poder de veto, todavia, os Estados Unidos também tinham interesse evidente na região:

Os interesses dos EUA podem ser melhor atendidos pela prevenção da ação militar na Síria por vários motivos. Os EUA devem considerar alguns fatores geopolíticos, como os interesses de Israel, que é um grande aliado dos EUA e um vizinho da Síria. Israel é amplamente considerado como um dos principais fatores de risco se os EUA fossem liderar uma ação militar na Síria. Este não era um problema na Líbia. Além disso, não está claro se “uma substituição do regime de Assad seria mais ou menos favorável aos interesses dos EUA”. Sem

<sup>14</sup> O texto completo da resolução n. 2118 do CSNU pode ser encontrado em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/489/23/PDF/N1348923.pdf?OpenElement>

mencionar, a restauração do acesso ao petróleo da Líbia foi de importância crucial para os estados da UE, ao contrário da Síria (NOROOZ, 2015, p. 39)<sup>15</sup>

Outrossim, é inegável que, apesar das diferenças entre o cenário líbio e sírio, ambos poderiam ser objetos de emprego da Responsabilidade de Proteger, visto que violações aos direitos humanos, concernentes principalmente à população civil ocorreram de forma maciça. O que guiou a utilização da doutrina em cada caso foram os reflexos na política internacional que cada país representava. Dessa forma, seria a Responsabilidade de Proteger uma mudança real nas intervenções? No mesmo sentido, questiona Silva (2015, p. 62):

De um ponto de vista retórico é possível dizer que a R2P trata justamente de conectar um juízo normativo – o de que violações maciças de direitos humanos não são desejáveis – à ação política, o que envolve desde a classificação e a qualificação de determinadas circunstâncias até o posterior sopesamento de ações estabelecidas como possíveis. Todos esses momentos argumentativos são, a princípio, disputáveis, o que recoloca a pergunta: como a R2P insere-se e modifica-se no exercício retórico?

### 2.3 COMPARAÇÃO ENTRE A RESOLUÇÃO 1973 E A PROPOSTA DE RESOLUÇÃO SÍRIA

Ao mesmo tempo em que a Resolução 1973 pode ser considerada um sucesso do uso da R2P, a forma como a intervenção foi conduzida contribuiu para sua crítica, uma vez que não foi utilizada apenas para proteger os civis, mas também para inflamar as ações dos insurgentes de forma a possibilitar a mudança do governo. Além disso, o terceiro pilar – responsabilidade de reconstruir – não foi efetivo, visto que se instalou um governo provisório que até o momento não conseguiu pacificar a região, que convive desde então com grupos radicais como o Estado Islâmico.

Ainda assim, quanto à adequação da doutrina ao caso, os argumentos utilizados à época pelos membros do CSNU ajudaram na definição de alguns conceitos. A maioria desses argumentos explorava a perda da legitimidade do governo Líbio, ascendendo os revolucionários à posição de cidadãos que lutavam por sua liberdade e por seu futuro. Dessa maneira, ao

<sup>15</sup> Tradução livre de: The US’s interests may be best served by preventing military action in Syria for a number of reasons. The U.S. must consider some geopolitical factors, such as interests of Israel that is a major ally of the U.S. and a neighbor to Syria. Israel is widely considered to be a main risk factor if the U.S. was to lead a military action in Syria. This was not an issue in Libya. Moreover, it is unclear if “a replacement of the Assad regime would be more or less favorable to U.S. interests”. No mention, restoration of access to the oil of Libya was of crucial importance for the EU states, unlike Syria”

Conselho de Segurança, como guardião dos direitos humanos, não havia alternativa se não autorizar a Operação.

Entretanto, esses mesmos argumentos foram manipulados durante a discussão da Resolução sobre a Síria. Em geral, os argumentos apresentados para vetar a Resolução sobre a Síria são próximos àqueles que legitimaram a intervenção na Líbia, porém adequados aos interesses dos Estados, de forma a justificar o veto.

O lugar do Conselho de Segurança como protetor dos direitos humanos, por exemplo, passa de interventor à modelo, suscitando que como protagonista dessa classe de direitos não pode em situação alguma combater a violência com mais violência.

A situação na síria é representada de forma mais complexa do que no caso anterior. Também há recorrente apelo ao pathos: os eventos que são qualificados de dramáticos a trágicos e opera-se com a premissa valorativa de que “a violação é inaceitável”. Não obstante, o quadro não é atribuído exclusivamente às autoridades sírias. Se de um lado condena-se a repressão de demonstradores pacíficos, isso é feito para distinguir a existência de outra fonte da “continuação dessa tragédia”, a saber, a oposição radical que se vale de “táticas terroristas”, que se sustenta através de “atividades ilegais” e que mata e perpetra “atrocidades contra a população que obedece às autoridades”. Há a delineação, portanto, de mais um sujeito doméstico a quem pode ser atribuída à responsabilidade pelo contexto de violência. (SILVA, 2015, p. 68).

Além disso, a Síria sempre teve um papel importante na história e na economia do Oriente Médio o que faz com que países da região como o Irã e a Turquia interfiram nas negociações.

Conciliar a garantia dos direitos humanos com as normas do Direito Internacional é o desafio atual da comunidade internacional. A doutrina da Responsabilidade de Proteger tem como proposta diminuir esse desafio, a partir do Conselho de Segurança das Nações Unidas e utilizando pressupostos e pilares bem definidos. Entretanto, o CSNU é um órgão político que não foi criado para ser um órgão legislativo-normativo.

As decisões que envolvem o Conselho de Segurança passam por uma análise política e econômica, o que não seria diferente com a Responsabilidade de Proteger. “Sua implementação depende largamente das decisões (políticas) do CSNU e não pode ser aplicada sem o consentimento de seus membros, ou seja, sua aplicação pode ser impedida pelo veto de um dos P5” (NOROOZ, 2015, p. 17).<sup>16</sup>

“Adicionalmente, fortes objeções de alguns países da comunidade internacional com uma combinação de interesses políticos e geopolíticos, acompanhados de um sentimento anti-

<sup>16</sup> Tradução livre de: Its implementation largely depends on the (political) decisions of the SC and cannot be enforced without the consent of its members, i.e its enforcement can be impeded by a veto of a member of the P5

intervencionista tem impedido a aplicação da Responsabilidade de Proteger na Síria” (NOROOZ, 2015, p. 3)<sup>17</sup>. Como exemplo, quanto aos casos abordados neste artigo, Evans explica (2014, p. 20):

A posição russa na síria foi desde o princípio manifestamente influenciada pela *realpolitik*. Mas pode-se acreditar neles quando dizem que se sentem magoados pelo desrespeito do P3 durante a campanha na Líbia – e que essas mágoas terão que ser curadas antes que qualquer consenso possa ser esperado em respostas difíceis a tais situações no futuro ”<sup>18</sup>

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade de Proteger está aos poucos se transformando em norma internacional, buscando preencher a lacuna que envolve as intervenções. A partir do momento que flexibiliza o conceito westfaliano de soberania, a R2P permite um duplo grau de proteção internacional aos direitos humanos sem ferir os princípios básicos do direito internacional.

Ao mesmo tempo, percebe-se que a Responsabilidade de Proteger vem enfrentando inúmeras críticas ao longo de suas tentativas de aplicação. Ainda, percebe-se que o consenso quanto à adoção de doutrinas com o objetivo de regularizar essas ações ainda está longe de acontecer, principalmente considerando os fatores de interesse dos Estados.

É importante destacar que quando se discute doutrinas como a Responsabilidade de Proteger, consideram-se intervenções legítimas ou sua maior legitimação possível. Entretanto, não se podem ignorar as outras formas de intervenções, indiretas, nas quais em sua maioria países centrais financiam e auxiliam exércitos e governos de países periféricos.

Dessa forma, o primeiro passo é reconhecer que as decisões que envolvam a comunidade internacional há a influência de fatores externos às normas e aos costumes do direito e por muitas vezes esses fatores políticos e econômicos se sobrepõem à motivação humanitária.

Ao mesmo tempo, é necessária a busca pela legitimação das decisões da Organização das Nações Unidas na Assembleia Geral, mas principalmente em órgãos como o Conselho de Segurança que vem sendo criticado recorrentemente pela incapacidade de evitar e conter as crises em diferentes cenários ao redor do mundo e carece de reforma em sua estrutura.

<sup>17</sup> Tradução livre de: Additionally, strong objections from some countries in the world community owing to a combination of political interests and geopolitics, coupled with a general anti-interventionist feeling, have prevented the application of R2P in Syria

<sup>18</sup> Tradução livre de: Russia’s position on Syria was from the outset manifestly *realpolitik*-driven. But they can be believed when they say they feel bruised by the P3’s dismissiveness during the Libyan campaign – and that those bruises will have to heal before any consensus can be expected on tough responses to such situations in the future”

Portanto, uma mudança real nas relações internacionais só ocorrerá a partir do momento em que atores internacionais adequem suas ações aos seus discursos. A busca pela universalidade e pelo respeito aos direitos humanos terá que se sobrepor aos interesses políticos e econômicos principalmente no que se refere aos representantes do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

A Responsabilidade de Proteger, deste modo, não resolve os debates de quando e como intervir, muito menos soluciona as dificuldades daqueles que se encontram nos países em guerra e que todos os dias são forçados a se deslocar de sua origem. Entretanto é inegável sua importância no cenário internacional. Dessa forma, é essencial que as discussões acerca do tema se aprofundem e que haja conscientização de que proteção internacional também envolve receber os refugiados, mas principalmente, evitar que crises humanitárias ocorram.

O presente artigo teve como objetivo analisar os casos mais recentes da Responsabilidade de Proteger e perceber de que forma essa doutrina foi utilizada no âmbito do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Dessa forma, não compete a essa breve análise afirmar que as doutrinas de proteção internacional estão de fato condicionadas a fatores políticos e econômicos, mas apenas alçar argumentos e reforçar o debate sobre a estruturação do CSNU e como isso pode interferir em assuntos de direito humanitário e proteção internacional.

#### 4 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto ACCIOLY, Hildebrando *et al.* **Manual de direito internacional público**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

do Amaral. **Direito de assistência humanitária**. Rio Janeiro: Renovar, 2003.

ANNAN, Kofi. **We the Peoples: the role of the United Nations in the 21th century**. New York: United Nations, 2000, p. 47-48. Disponível em: [http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We\\_The\\_Peoples.pdf](http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf). Acesso: 03/07/2016.

BELLAMY, Alex J. **Respostas Internacionais Às Crises De Proteção De Pessoas: A Responsabilidade De Proteger E O Surgimento De Um Novo Regime De Proteção**. Revista Crítica de Ciências Sociais Universidade de Coimbra. n.104, p.45-66. 2014.

BELLAMY, Alex J. **The Responsibility To Protect – Five Years On**. Ethics & International Affairs, v.24, n.2, p.143-169. Jul. 2010.

CONSELHO DE SEGURANÇA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1973 (2011)**. Disponível em:

[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)) Acesso: 12/12/2016.

DE FIGUEIREDO, Marcos Vinícius Mesquita Antunes. **Inação e Intervenção Humanitárias no Mundo do Pós-Guerra Fria: Dilemas de Ruanda e do Kosovo**.

EVANS, Gareth; SAHNOUN, Mohamed. **The responsibility to protect**. Foreign affairs, p. 99-110, 2002.

EVANS, Gareth. **The Consequences of non-intervention in Syria: Does the responsibility to protect have a future?**. Into the Eleventh Hour: R2P, Syria and Humanitarianism in Crisis. p. 18 -25. E. International Relations: Bristol.

FOLEY, Conor. **The Evolving Legitimacy Of Humanitarian Interventions**. Sur - International Journal on Human Rights, v.10, n.19. Dez 2013. International Commission on Intervention and State Sovereignty. **The Responsibility to Protect**. Ottawa: International Development Research Centre, 2001. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> > Acesso: 31/07/2016.

JR FONSECA, Gelson; BELLI, Benoni. **Desafios da Responsabilidade de Proteger**. Revista Política Externa. HMG Editora. v.21,nº4, Abr/Mai/Jun 2013. p. 11-25.

JUBILUT, Liliana Lyra. **A “Responsabilidade de Proteger” é uma mudança real para as Intervenção Humanitárias?**. CEDIN – Centro de Direito Internacional. Revista Eletrônica de Direito Internacional. v.2 1º Semestre, 2008. Disponível em: [http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume2/internas/05\\_sumario.html](http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume2/internas/05_sumario.html)> Acesso: 10/07/2016.

JUNK, Julian. **Testing Boundaries: Cyclone Nargis in Myanmar and the Scope of R2P**. Global Society, v. 30, n. 1, p. 78-93, 2016.

LUCK, Edward. **R2P at Ten: A New Mindset for a New Era?** Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, v.21, n.4, p. 499-504. Out-Dez 2015. Disponível em: <http://journals.riener.com/doi/abs/10.5555/1075-2846-21.4.499?code=lrpi-site> Acesso em: 15/08/2016.

NOROOZ, Erfaun. Responsibility to Protect and its applicability in Libya and Syria. **ICL Journal, available at: https://www.icljournal.com/download/1d60bf91da3f98e153088f67d3676e5a/ICL\_Thesis\_Vol\_9\_3\_15.pdf**, 2015.

RÉGIS, André. **Intervenções Humanitárias, Soberania E A Emergência Da Responsabilidade De Proteger No Direito Internacional Humanitário**. Revista Eletrônica Prim@ Facie International Journal. Ano 5, n. 9, jul./dez. 2006, p.5 – 17. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/7214> Acesso em: 17/08/2016.

RIBEIRO, Raissa Pacheco da Rocha. **Intervenção Humanitária e a Doutrina da Responsabilidade de Proteger**. Dissertação (mestrado) - Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. 123 f. 2015.

RODRIGUES, Sónia. **Revoltas, Transições E A Responsabilidade De Proteger A Líbia E A Síria**. Janus: As incertezas da Europa. Observatório de Relações Exteriores da Universidade Autónoma de Lisboa. 2013. p. 28-29. Disponível em: [http://janusonline.pt/arquivo/popups2013/2013\\_1\\_10.pdf](http://janusonline.pt/arquivo/popups2013/2013_1_10.pdf) Acesso em: 12/08/2016.

ROSAS, Gustavo Ludwig Ribeiro. **Legalidade da Intervenção Humanitária**. Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Metodista Granbery. 2º semestre 2006. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br> Acesso em: 05/09/2016.

SILVA, Julio Henrique Correa. Mudar É A Norma – **Uma Análise Retórico - Discursiva Das Normas Da Responsabilidade De Proteger**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Centro Sócio Econômico. Programa de Pós Graduação em Relações Internacionais. Agosto. 2015.

SOARES, Flávia Salum Carneiro; PINTO, Catarina Araújo Silveira Woyames. **A Legitimidade Da Responsabilidade De Proteger - R2p – Como Norma Soft Law Na Segurança Coletiva**. XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

## A SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: OS CONCEITOS “NAÇÃO” E “ESTADO” NOS COMPÊNDIOS DE DIREITO INTERNACIONAL

*Guilherme Bedin\**

**Palavras-chave:** Nação; Estado; subjetividade jurídica internacional; Brasil Império; história do direito brasileiro.

**Resumo:** Com o objetivo de observar de que maneira a pergunta “quem é o sujeito de direitos na comunidade internacional” foi respondida, ressaltando as oposições entre Nação e Estado, o presente trabalho investigou o pensamento de diversos autores da doutrina brasileira da segunda metade do século XIX para verificar de que forma se deu a definição dos conceitos de Nação e Estado (quando presentes), por meio do procedimento comparativo, combinado com revisão bibliográfica. Busca-se, ainda, ao longo de todo trabalho reforçar as continuidades e rupturas entre os diversos autores analisados, além de se proporem, quando cabíveis, críticas às concepções apresentadas. Dentre as principais conclusões deste estudo, destaca-se a constatação de que alguns dos autores analisados - José Antonio Pimenta Bueno e Antonio Pereira Pinto - não apresentam distinção entre os conceitos de Nação e Estado, enquanto outros - Pedro Autran da Matta Albuquerque, Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond e João Silveira de Souza -, embora apresentem definições, são elas não necessariamente jurídicas.

**Abstract:** In order to observe how the question “who is the subject of rights in the international community” was answered, focusing on the contrasts between Nation and State, the present study investigated the thought of several authors of the Brazilian doctrine of the second half of the nineteenth century to verify how occurred the definition of the concepts of Nation and State (when they exists), Through the comparative procedure, combined with a bibliographic review. We also try throughout the study to highlight the continuities and changes between the various authors analyzed, and to propose, as appropriate, critical to the conceptions presented. Among the main conclusions of this study, we note the fact that some of the analyzed authors - José Antonio Pimenta Bueno and Antonio Pereira Pinto - do not distinguish between the concepts

\* Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos grupos de pesquisa CNPq-UFSC, *Ius Commune* em História da Cultura Jurídica e *Ius Gentium* em Direito Internacional. e-mail: [guilhermebedin1988@gmail.com](mailto:guilhermebedin1988@gmail.com); telefone para contato: (48) 998203248, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0334522129480784>

of Nation and State, while others - Pedro Autran da Matta Albuquerque, Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond and João Silveira de Souza - although they present definitions, they do not are necessarily juridic.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos debates recorrentes na construção da ciência do direito internacional ao longo do século XIX é o uso dos conceitos de “Nação” e de “Estado” em oposição mútua. Trata-se de um fenômeno que através de modos e intensidades diferentes é constatável em particular na doutrina jurídica italiana e francesa que percorre todo aquele século<sup>1</sup>. A problemática acerca das implicações jurídicas no uso destes termos, como por exemplo no caso da subjetividade jurídica internacional, ademais, não se conteve no plano estritamente teórico, antes disso, propunha-se a explicar, compreender, e até legitimar as transformações e disputas políticas que redesenhavam os mapas (não apenas) da Europa.

Este trabalho, assim sendo, pretende apresentar como a doutrina internacionalista brasileira, no mesmo período, tratava a problemática da construção dos conceitos de “Nação” e “Estado”. Buscou-se observar, em especial, como se dava o uso dos termos Nação e Estado<sup>2</sup>, as definições empregadas – quando presentes –, acrescentando-se, ao final, uma crítica acerca do pensamento de cada autor (no pormenor que constitui objeto deste trabalho) e as possíveis relações com os pensadores aqui abordados.

Notavelmente, para alguns autores – José Antonio Pimenta Bueno e Antonio Pereira Pinto – os termos são usados indistintamente, de modo a tornar sem efeito tentativas de

<sup>1</sup> Acerca da relevância das oposições entre os termos “Nação” e “Estado” na construção da ciência do direito internacional, em especial nas doutrinas italiana e francesa ver DAL RI JR, 2006, p. 77-92.

<sup>2</sup> Acerca da necessidade de se observar atentamente o contexto e o conteúdo de um determinado termo ao lidar com obras do passado, aponta Grossi: “Quem quisesse confiar nas palavras – e houve quem quisesse – iria colecionar insensatamente invólucros vazios que a história apressou-se, por conta própria, a encher de conteúdos os mais variados sem se preocupar com continuidades verbais”. (GROSSI, 2006, p. 38). No mesmo sentido aponta HESPANHA: “Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com seu *valor facial* (i.e., referidos com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. [...] Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. [...] Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido.” (HESPANHA, 2005, p. 26-27, grifo do autor). E o próprio Marc Bloch: “Das duas partes, sobretudo, eram empregadas palavras — tais como “benefício” (*beneficium*) para os latinos, “feudo” para os germanos — das quais essas gerações persistirão em se servir, ainda que lhes conferindo, sem se dar conta, um conteúdo quase inteiramente novo. Pois, para grande desespero dos historiadores, os homens não têm o hábito, a cada vez que mudam de costumes, de mudar de vocabulário.” (BLOCH, 2001, p. 59, grifo nosso).

estabelecer um conteúdo específico para cada um desses conceitos, inviabilizando a análise de qual seria o sujeito de direito internacional.

Para outros – Pedro Autran da Matta e Albuquerque, Antonio de Vasconcellos Menezes Drummond e João Silveira de Souza – os termos Nação e Estado possuem um conteúdo, porém, este é estranho ao Direito, ficando restrito à sociologia ou à ciência política. Não se faz possível afirmar, do ponto de vista jurídico, se a subjetividade pertence exclusivamente a um ou outro – ou ainda, a ambos.

## 2 NAÇÃO E ESTADO NA DOCTRINA JURÍDICA INTERNACIONALISTA BRASILEIRA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

A mesma norma que institui as faculdades de direito no Brasil – Lei de 11 de Agosto de 1827, que cria os cursos de *sciencias Juridicas e Sociaes*, em São Paulo e Olinda –, dispõe no seu artigo sétimo que os Lentes determinarão os compêndios utilizados em suas disciplinas<sup>3</sup>, a serem aprovados pela Congregação dos Lentes e, posteriormente, submetidos à aprovação da *Assembléa Geral*.

A análise dos compêndios indicados como material didático no âmbito da cadeira dedicada ao ensino do direito público universal e particular conduz de imediato a uma primeira constatação, apresenta-se no texto apenas o termo “*Nação*”. O termo “Estado”, por sua vez, não é utilizado<sup>4</sup>. O mesmo se pode verificar quando se observa o conteúdo temático de todas as cadeiras do primeiro ano do curso<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> O mesmo diploma legislativo que cria as faculdades de direito manda observar, em seu artigo 10º, na ausência de um regulamento próprio das universidades, o “Projeto de regulamento ou estatuto para o Curso Jurídico pelo Decreto de 9 de Janeiro de 1825”, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira, o qual determina que o ensino do direito das gentes deveria ocorrer no segundo ano dos cursos jurídicos (Cap. IV, 1º). Este mesmo projeto previa, ademais, que enquanto da ausência de uma obra nacional, “*Servirá de compedio para estas lições o resumo de rayneval, ajudando de watel, Heinecio, Felice e outros, para o direito das gentes universal e pacticio, e o Professor dará uma idéa geral do que constitue este segundo direito; fazendo uma resenha dos principaes tratados que se tem tornado como uma Segunda lei das nações, aproveitando-se para este objecto da obra de Malby no direito publico da Europa e da colleção geral de Dumond e Martens.*” (Cap. IV, 1º), e reforçava quais pensamentos deveriam ser afastados, ao apontar que o Lente da disciplina “*Mostrará que os autores antigos não trataram como convinha, havendo muitas obras em que é explicada com bastante confusão, como sevê em Grocio, Puffendorjio e outros; e bem que em Watel se encontrem mais bem organizadas e regulada a lei das nações e por isso lhe convenha o titulo de direito das gentes, que deu aos seus livros, comtudo ainda nelles apparecem confundidas com estas materias as do verdadeiro direito publico; [...]*” (Cap. IV, 1º).

<sup>4</sup> Somente é utilizado o termo *nação* (sem referências a Estado) ao longo do Capítulo III do Projeto elaborado pelo Visconde da Cachoeira que estabelecia as disciplinas a serem tratadas no primeiro ano, que incluíam o direito público universal e particular; o mesmo ocorre no Capítulo IV, que trata do direito das gentes e diplomacia.

<sup>5</sup> “Cap. III, 4º Extremará com séria critico, e cuidado o direito natural do publico, e das gentes, para não haver confusão nas regras que tiver de ensinar, limitando-se o direito natural ao regulamento dos direitos e obrigações dos homens entre si, e o publico ás relações sociaes, e aos deveres da massa geral da nação para com o soberano, e deste para com ella.”. Acerca do direito público universal e particular “Como porém a base essencial deste direito

## 2.1 INSUFICIÊNCIAS DOS CONCEITOS DE “NAÇÃO” E DE “ESTADO”

Na doutrina jurídica internacionalista ainda nascente no Brasil, Estado e Nação são tidos como sinônimos e assim se consolidam, já na obra “Princípios de Direito Público Universal”, de Avelar Brotero, Professor da Faculdade de Direito de São Paulo e autor da primeira monografia brasileira aplicada ao Direito das Gentes<sup>6</sup> (MAROTTA RANGEL, 1977, p. 7-8).

Em um primeiro momento, portanto, reuniram-se as obras que parecem apresentar certa indiferença – ou mesmo, confusão – entre os termos Nação e Estado, ainda que não exclusivamente no plano jurídico. Trata-se, portanto, de autores que não se preocupam, em absoluto, em oferecer uma clara distinção entre Nação e Estado, não exclusivamente no âmbito do Direito, mas também, sequer no campo do social ou mesmo político.

### 2.1.1 “Nação” e “Estado” no primeiro compêndio de direito público brasileiro: José Antonio Pimenta Bueno

A problemática acerca da subjetividade jurídica no plano internacional não interessa apenas aos internacionalistas, quanto mais no contexto do Brasil que, no início da segunda metade do século XIX, ainda não havia se preocupado em esclarecer esta questão, que também poderia refletir em outros ramos do Direito, especialmente o direito público.

Por conta disso, além de se ater às obras dedicadas ao direito internacional, optou-se, por iniciar a análise a partir de um jurista que contribuiu especialmente para o desenvolvimento do direito público interno e o direito internacional privado, trata-se de José Antonio Pimenta

seja o complexo dos direitos e obrigações das nações para com os Soberanos, e reciprocamente, cumpre que com muito discernimento se mostre aos discípulos a natureza dos mesmos direitos, e obrigações, e se estabeleçam os seus verdadeiros limites, do que depende a tranquilidade pública, e a consolidação do governo.” (Cap. III, 8<sup>o</sup>).

<sup>6</sup> MAROTTA RANGEL, 1977, p. 7-8. Ao tratar da definição do direito das gentes, Avelar Brotero parece dar preferência ao uso da palavra Nação, ao afirmar que o “Direito natural absoluto se divide também em Direito Natural absoluto das gentes, que é a norma, que regula as associações ou as Nações entre si, consideradas como entes moraes, e formando cada uma um só indivíduo existente no estado natural.” (AVELLAR BROTERO, 1829, p. 62); porém, ao observar seu pensamento acerca da gênese dos corpos políticos observa-se que a sociedade nasce com o homem, mas a sociedade primitiva não se trata da Sociedade Civil (AVELLAR BROTERO, 1829, p. 167), é, antes uma sociedade em que os homens organizados precariamente, não renunciaram ao seu direito natural e todos são soberanos e magistrados, vítimas do desejo do mais forte, e, para sair deste estado de insegurança, instituem uma razão pública para organizar a sociedade (AVELLAR BROTERO, op. cit., p. 167-169), o resultado disso não é apresentado como Nação ou Estado, mas, genericamente, como Sociedade Civil. (AVELLAR BROTERO, op. cit., p. 170). Como se faz notar, Avelar Brotero apresenta a Nação como um ente moral e, possivelmente, como o indivíduo da sociedade internacional, sem, contudo, dar-lhe um conteúdo mais específico que permita precisar o seu significado e afirmar que Nação se diferencia de Estado ou que se trata ou não de um sinônimo de Sociedade Civil.

Bueno<sup>7</sup>. Interessam especialmente para o problema proposto duas de suas obras: “Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio”, de 1857, e “Direito Internacional Privado e applicação dos seus principios com referencia ás leis particulares do Brazil”, de 1863.

A primeira delas deve tratar, portanto, de concepções mais gerais do autor acerca do próprio direito e, a seguir, adentrar em sua compreensão acerca do direito público interno e externo – neste último incluso o direito internacional.

É ao tratar das características do direito em geral, que ocorre a primeira menção a uma relação entre diversos Estados, como se percebe:

O Direito, considerado em geral, ou em sua mais alta compreensão, é a luz da intelligencia, ou o complexo dos seus dictames applicado a manter e garantir as boas relações naturaes ou civis, administrativas ou politicas do homem, da sociedade ou dos Estados. O Direito e suas correspondentes obrigações são os principios, as bases firmes de toda a sociabilidade, legislação, progresso e perfeição humana (PIMENTA BUENO, 1857, p. 7, grifo nosso).

As referências ao Estado seguem pela obra, em um primeiro momento, ao se tratar dos limites do direito público, “O *Direito Publico, Jus Publicum, quod ad statum reipublicae spectat*, tem por dominio todas as relações do cidadão para com o Estado” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 8, grifo do autor), nova referência ao Estado é feita ao se referir as divisões entre direito público interno e externo: “O Direito Publico em sua ampla generalidade é o complexo dos principios reguladores tanto das relações do poder publico no interior, como no exterior do Estado. Nessa generalidade elle póde ser dividido em interno e externo [...]” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 10).

É justamente quando passa a tratar do direito público externo que ocorre uma mudança e o termo a ser usado passa a ser a “nação”, como se faz notar:

O Direito Publico externo universal, que denomina-se tambem direito das gentes universal, natural, racional, ou absoluto, é o complexo dos principios

<sup>7</sup> José Antonio Pimenta Bueno (1803-1873), Visconde e depois Marquez de São Vicente, foi senador do Império, conselheiro de estado e do Imperador, em 1832 passou a integrar a magistratura, tendo se tornado desembargador no ano de 1844, aposentando-se em 1857 com as “honras de ministro do supremo tribunal de justiça”; administrou as províncias do Matto Grosso e do Rio Grande do Sul. Internacionalmente, foi encarregado de negócios e “consul geral do Brazil no Paraguay” de 1844 a 1846, desempenhando ainda outras atividades ligadas à diplomacia, destacam-se em suas publicações diversas obras ligadas ao direito e discursos políticos (SACRAMENTO BLAKE, 1898, p. 303-304). Seu pensamento apresenta – ao menos algumas – premissas liberais com matizes iluministas – Apresenta-se como primeiro dever da lei positiva garantir os direitos naturais do indivíduo, e “consagra-los como pharões luminosos” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 391) –, em especial a existência de um Direito Natural com fundamento nas garantias do indivíduo (enquanto ente racional e moral), que possui direitos naturais, civis e políticos, sendo os primeiros irrenunciáveis e inseparáveis da condição de ser humano (PIMENTA BUENO, 1857, p. 389-390). Ao considerar a classificação das leis em função de sua origem, afirma: “*Leis naturaes*. – São as normas prescriptas pela razão natural esclarecida, são preceitos que resultão das condições moraes dos homens, condições sem as quaes não haveria ordem, nem justiça entre elles” (PIMENTA BUENO, op. cit., p. 16) e, a seguir, aponta para a distinção, “*Leis positivas*. – São normas prescriptas pelo poder social legitimo para manter a segurança dos direitos, e dirigir os diferentes serviços da sociedade.” (PIMENTA BUENO, loc. cit.).

maximas da razão esclarecida do direito natural applicado às relações das nações entre si: é a philosophia dessa parte do Direito Publico em geral (PIMENTA BUENO, 1857, p. 10-11, grifo nosso).

Importante ressaltar que não se trata de uma referência isolada, o termo Nação é utilizado novamente ao se definir o direito público externo positivo e o direito marítimo (PIMENTA BUENO, 1857, p. 11).

Ao versar sobre o Direito Internacional privado, ou particular – ainda na sua obra Direito Publico Brasileiro –, a definição também utiliza a palavra “nação” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 14). Entretanto, logo no parágrafo posterior, aparentemente ocorre alguma confusão entre Estado e Nação, como segue:

Este importante ramo do direito, que affecta as relações exteriores do Estado, e o interesse particular dos individuos, e que como tal participa do Direito publico e particular, tem em vistas e por fim harmonizar as relações das nações e de seus subditos, evitar e resolver o conflicto de suas leis particulares, muitas vezes dissonantes em seus preceitos, ou applicação; é sem duvida de mister evitar esse inconveniente reciproco tão importante (PIMENTA BUENO, 1857, p. 14, grifo nosso).

Até o presente momento, buscou-se fazer alguma sistematização das ocorrências dos termos Nação e Estado nesta primeira obra do autor para, a partir dos seus usos, tentar deduzir algum campo exclusivo para um destes termos, tal tentativa, entretanto, revelou-se inexitosa.

Adentrando, então, em sua obra específica acerca do direito internacional privado, percebe-se nas primeiras páginas o uso exclusivo do termo *nação*, desde a “Introdução”<sup>8</sup> até parte do “Titulo Preliminar”<sup>9</sup> (PIMENTA BUENO, 1863, p. 5-11).

Esta uniformidade é, porém, rompida no momento em que se define direito internacional público, em que Nação e Estado serão iguallados:

O direito internacional publico ou das gentes, *jus gentium publicum*, ou *jus publicum inter gentes*, é o complexo dos principios, normas, maximas, actos, ou usos reconhecidos como reguladores das relações de nação a nação, ou de Estado a Estado como taes, reguladores que devem ser attendidos tanto por justiça como para segurança e bem-ser coomum dos povos (PIMENTA BUENO, 1863, p. 11, grifo do autor, grifo nosso).

<sup>8</sup> As ocorrências do termo “nação” durante a Introdução ocorrem nos seguintes trechos: “Os primeiros esforços da razão esclarecida forão de procurar na ordem moral da criação as nações primordiais de um direito natural, e depois de applica-lo ás relações de nação a nação.” (PIMENTA BUENO, 1863, p. 6); “A civilização actual não se contenta mais agora só com o estudo do direito das gentes. Este, como depois veremos, contempla só as diversas relações publicas ou geraes de nação a nação.”, loc. cit.; “Por isso as nações novas e ainda fracas pela pequenez relativa de sua população, têm um maior interesse em aprofundar o conhecimento do direito internacional em todas as suas relações: elle é uma de suas armas, e de seus meios de defesa.” PIMENTA BUENO, op. cit., p. 8.

<sup>9</sup> As ocorrências do termo “nação” durante o “Titulo Preliminar” ocorrem nos seguintes trechos: “O direito internacional considerado em geral ou no seu todo é o complexo dos principios racionaes, normas, maximas, actos ou usos admitidos pelas nações civilisadas, como reguladores de suas relações reciprocas, directas ou indirectas.” PIMENTA BUENO, op. cit., p. 11; “Consequentemente nessa generalidade elle comprehende todas as relações das nações entre si, e portanto, também, senão immediata, ao menos mediata e indirectamente, as relações de seus subditos em contacto com as leis estrangeiras.”, loc. cit.

Ao tratar do objeto do direito das gentes, é possível extrair algumas características acerca da sua concepção de Nação “Vê-se pois que o direito das gentes tem por objecto as relações reciprocas das nacionalidades, nação a nação, consideradas em seu todo como pessoas ou entidades moraes collectivas, independentes e soberanas.” (PIMENTA BUENO, 1863, p.11). Embora o que se tenha não seja suficiente para uma definição, ao menos, permite notar algumas características gerais, quais sejam, o fato de ser uma entidade moral, independente e soberana. A indiferença na utilização dos termos Estado e Nação, contudo, não permite afirmar que estas sejam características exclusivas deste conceito, não aplicáveis àquele.

O restante da obra não busca um maior esclarecimento destes termos, ao revés, passa a utilizar, por diversas vezes, o termo *paiz*<sup>10</sup>, isoladamente ou em conjunto com os demais (*Estado e nação*)<sup>11</sup>, sem qualquer manifestação de exclusividade ou preferência entre eles.

Ao que parece, mesmo uma análise conjunta das duas obras de Pimenta Bueno não permite identificar um âmbito exclusivo de aplicação de qualquer destes termos, o que resultaria na impossibilidade de defini-los, mesmo de forma vaga, pois a ausência de limite entre eles, faria os conceitos, consequentemente, confundirem-se.

Conclui-se que muito mais do que uma maior preocupação com o significado dos termos empregados, ora *nação*, ora *Estado* (e, por vezes, *paiz*), o que se demonstra é uma tentativa de se manter fiel aos termos empregados na Constituição do Império (o art. 1 remete à nação, já o art. 2 ao Estado), ainda que nem sempre isto ocorra de forma rígida.

Mesmo assim, ao fazer uso indistinto destes conceitos, o que se obtém como resultado é a anulação – ou irrelevância – da possibilidade de lhes atribuir um conteúdo específico, pois

<sup>10</sup> Apenas para ilustrar algumas destas referências: “Cada nacionalidade ou paiz tem o seu estatuto pessoal especial e apropriado, que acompanha os seus nacionaes em toda e para toda e qualquer parte a que elles se dirijão” PIMENTA BUENO, 1863, p. 14; “Umás destas leis dirigem-se a regular a fôrma exterior dos actos, as solemnidades externas que elles devem ter para que sejam reputados legitimos, cada paiz tem suas disposições a este respeito pelo que toca aos que nelle são passados; veremos depois o fundamento da regra *locus regit actum*.” PIMENTA BUENO, op. cit., p. 14-15, grifo do autor; “Todas estas leis dos diferentes paizes poem-se muitas vezes em relação entre si e originão conflictos” PIMENTA BUENO, op. cit., p. 15; “A desharmonia, opposição, ou dissonancia entre os estatutos dos diferentes paizes podem apresentar-se em variados casos, ou por diversas fôrmas, como nos seguintes exemplos:”, loc. cit.;

<sup>11</sup> “Quando porém a lei do Estado denega positivamente ao estrangeiro um direito, então, qualquer que seja a disposição da lei do paiz deste, não há conflicto, pois que nesse caso ella não é admissivel, e muito menos applicavel.” PIMENTA BUENO, 1863, p. 16; “Para resolver os conflictos a razão não manda ir sómente examinar onde pára ou cessa o territorio deste ou daquelle Estado, nem tão pouco o que dicta o arbitrio ou só o interesse deste ou daquelle paiz” PIMENTA BUENO, op. cit., p. 19 “Além de incompleto é um principio que pôde tornar-se inconveniente, fazendo o direito pessoal e mesmo as convenções dependentes da vontade ou arbitrio da pessoa, pois que para isso basta ir estabelecer domicilio em um Estado cujas leis sejam diferentes, e tanto mais quando posteriormente poderia com facilidade mudar de residencia, e constituir novo comicilio em outro paiz.” PIMENTA BUENO, op. cit., p. 21.

a falta de clareza na aplicação de um ou outro termo faz do ente político ou jurídico uma eterna indeterminação.

Por fim, o que se percebe ao cruzar as possíveis definições de *nação* encontradas nas duas obras avaliadas é a (provável) existência de uma identidade entre o ente político e jurídico, sem que possa afirmar, porém, que tal relação seja necessária.

Conforme foi apresentado, mesmo tratando do fenômeno jurídico internacional, Pimenta Bueno possui foco no direito interno. Faz-se agora necessário observar o objeto deste trabalho por uma nova perspectiva: aquela das práticas e usos do Brasil (e seus representantes) enquanto ente político e jurídico com relação aos demais. Justamente por se debruçar por sobre a práxis, talvez, a obra agora considerada não tenha atingido um elevado grau de sistematização teórica.

### 2.1.2 “Nação” e “Estado” nos usos da diplomacia brasileira: Uma análise do Compêndio de Antonio Pereira Pinto

O pensamento do próximo autor, Antonio Pereira Pinto<sup>12</sup>, é marcado por certo empirismo, refletido na análise de documentos, em conjunto com um evento histórico, buscando, assim, compreender fatos específicos, não se ocupando da construção de um sistema abstrato, revelando uma característica exclusiva deste autor que, em alguma medida, diferencia-lhe dos demais abordados neste estudo.

Ressalta-se que não se pretende fazer uma generalização (ou expansão) das conclusões obtidas com a análise dos autores antecedentes, em especial as referentes ao Pimenta Bueno, não resultaria, entretanto, em qualquer surpresa encontrar resultados semelhantes.

É a isso que impele a leitura das primeiras páginas. Apenas a parte dedicada “Aos Leitores” possui alguma uniformidade terminológica, que se limita ao não uso da palavra Estado, podendo ser encontradas, juntamente com Nação, referências a *paiz* e *potencias estrangeiras* (PEREIRA PINTO, 1864, p. VII-VIII).

<sup>12</sup> Antonio Pereira Pinto (1819-1880), formado em direito na faculdade São Paulo, foi deputado na assembléia de São Paulo e presidente das províncias de Espírito Santo, Rio Grande do Norte e Santa Catharina; atuou na magistratura, chegando a ser juiz de direito, foi também diretor do Archivo Publico do Imperio e sócio do Instituto Historico e Geographico Brasileiro, publicou obras relacionadas ao direito e a política. SACRAMENTO BLAKE, 1883, p. 281-282.

É ainda no início da Introdução, no entanto, que se utilizam, de forma aparentemente indistinta, os termos *Estado* e *nação*, juntamente com *grande potencias*, *povos fracos* e *paiz/paises*, como se pode notar:

E, se infelizmente essa jurisprudencia não tem attingido toda a perfeição de que é susceptivel, se o orgulho das grandes potencias impelle-as ainda a lançar mão dos remedios violentos para extorquirem dos povos fracos concessões humilhantes, e vantajosas sómente á sua avidez, se contra nosso proprio paiz hão sido commettidas enormes vexações por um dos Estados mais poderosos da Europa, *apezar* dos tratados ou *por causa* dos tratados, se em geral o Imperio não tem auferido grandes lucros com a celebração dos contratos internacionaes, taes factos nem abalão a doutrina que deixamos expendida, nem por motivo delles devemos confiar menos em que uma reacção se há de ir operando entre as nações cultas, ou para refrearem os impetos bellicosos de seus governos, apontando-lhes a trilha da discussão diplomatica como oportuno, e exclusivo recurso para terminar as dissidencias que acaso appareção com estranhos paises, ou para aconselhar-lhes que nos tratados com os Estados de ordem menos importante, guardem sempre a devida reciprocidade, não lhes impondo pactos leoninos, que trazem ordinariamente em si o germen de futuras contestações (PEREIRA PINTO, 1864, p. XI-XII, *grifo do autor*, grifo nosso).

Embora seja pouco para traçar maiores conclusões, o restante da obra contribui em fornecer elementos para corroborar a hipótese de não distinção, considerando que não é feita – e, talvez, nem caberia aos objetivos da obra fazer – uma conceituação de Nação ou Estado.

Observa-se que o autor parece possuir predileção pelo termo Nação, utilizado com frequência nas notícias históricas que acompanham os tratados colacionados, contudo, a ausência de definição não permite que se deduzam consequências jurídicas.

Faz-se de grande valia, porém, o restante de sua obra, a começar pelo Tomo II, que traz a relação dos tratados e convenções do Brasil Império, entre 1826 e 1838 ao se notar que o “Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio de 8 de Janeiro com a França” (1826), que possuía Brasil e França como Altas Partes Contratantes, não possui uniformidade com relação aos termos utilizados, de modo que era possível encontrar tanto Nação<sup>13</sup>, quanto Estado<sup>14</sup> (além de “*Paiz*”<sup>15</sup>), dando-se ênfase ao Artigo XXI, por fazer uso de Nação e Estado como sinônimos, como se observa:

Se acontecer que Uma das Altas Partes Contratantes se ache em guerra com alguma Potencia, Nação, ou Estado, os Subditos da Outra poderão continuar seu commercio, e navegação com estes mesmos Estados, exceptuando, porém,

<sup>13</sup> As referências podem ser encontradas em diversas partes do Tratado, como no Preâmbulo, Artigo IV, Artigo VI, Artigo X, Artigo XII, Artigo XIV, Artigo XX, Artigo XXI. (PEREIRA PINTO, 1865, p 43; 46; 49; 50-51; 53-54);

<sup>14</sup> Tratam-se dos Artigos V, VIII, IX, XXI, XXIII. do aludido Tratado. (PEREIRA PINTO, 1865, p. 46; 48; 53-54; 55).

<sup>15</sup> Tratam-se dos Artigos IV, VI, VII, XI, XXIV. do aludido Tratado. (PEREIRA PINTO, 1865, p. 46; 47; 49; 55).

as Cidades ou Portos que se acharem bloqueados ou sitiados, por mar ou por terra (PEREIRA PINTO, 1865, p. 53-54).

Este Tratado se torna relevante por ter sido firmado apenas dois anos após a Constituição do Império do Brasil, e nele se reflete a situação anteriormente descrita, da presença dos termos Nação e Estado, nos Artigos 1. e 2. (respectivamente).

Mesmo com o passar de mais de quatro décadas, a mesma heterogeneidade de tratamento se verifica no “Tratado de amizade, limites, navegação, commercio e extradicação, entre o Senhor D. Pedro II Imperador do Brasil e o presidente da republica da Bolivia, assignado na cidade de La Paz de Ayacucho aos 27 de Março de 1867”, presente no Tomo IV da obra, nele, são empregados os termos *Estado, governos, nação e paiz*<sup>16</sup>.

Ao se observar estes Tratados, juntamente com a Constituição de 1824, demonstra-se provável a conclusão de que a falta de uma maior rigidez – ou de qualquer rigidez – ao tratar dos conceitos de Nação e de Estado por parte destes autores, seja no plano jurídico, seja fora dele, reflete em certa medida (não apenas) a prática internacional do Brasil desde os primeiros anos do Império.

Marcados pela falta de exatidão nos conceitos, Pimenta Bueno e Antonio Pereira Pinto representam um momento específico em que já se pode dizer existir uma doutrina brasileira, mas que ainda não permite que se possa falar em uma teoria capaz de explicar a Nação ou o Estado.

Por fim, a falta de precisão nestes autores ao tratar da subjetividade jurídica internacional – resultando, conforme argumentado, no esvaziamento dos conceitos – impede que sejam traçadas correlações entre o pensamento destes com aqueles que efetivamente se ocupam desta temática, pois se estaria diante de uma mera comparação de palavras, não de conceitos.

Ressalta-se, contudo, que como os diversos tratados colacionados na obra de Antonio Pereira Pinto permitem observar, a indiferença no uso dos diversos termos capazes de se referir a um sujeito de direitos no âmbito das relações internacionais reflete uma prática comum não apenas pelo Brasil, mas também com os diversos sujeitos, tanto na América quanto na Europa que mantinham relações com o Império. Assim, não causa surpresa que mesmo alguns importantes juristas nacionais não se ocupassem desta questão – ou sequer a vislumbrem como uma problemática.

<sup>16</sup> As referências a cada um dos termos é, como segue, Estado: Preâmbulo, Art. 6.º, 20, 27 e 30; governos: Art. 4.º, 6.º, 12, 13, 14, 23, 25 e 26; nação: Art. 5.º 7.º, 8.º e 11; paiz: Art. 10, 15, 16, 19, 25, 27 e 29 (PEREIRA PINTO, 1869, p. 535-545).

## 2.2 OPOSIÇÕES ENTRE “NAÇÃO” E “ESTADO” E SUA NÃO APLICAÇÃO AO CENÁRIO JURÍDICO

Os autores que serão agora abordados distinguem-se dos anteriores, mormente, por uma razão clara e simples: dedicam espaço em suas obras para definir e distinguir os termos Nação e Estado – ainda que nem sempre se possam inferir consequências jurídicas, dando a impressão de ser tal tarefa de pouca utilidade.

Diferenciam-se também por outro motivo não menos relevante: apresentam uma construção teórica geral e abstrata (ainda que amparadas em uma observação da “realidade”) especificamente voltada para compreender o fenômeno jurídico internacional, mais especificamente, as relações entre os entes políticos que se constituem como pessoas morais, em termos hodiernos, dir-se-ia, o direito internacional público.

### 2.2.1 “Nação” e “Estado” no primeiro compêndio brasileiro de direito internacional: Pedro Autran da Matta e Albuquerque

Pedro Autran da Matta e Albuquerque<sup>17</sup> foi o autor da primeira obra de direito internacional utilizada nos cursos jurídicos brasileiros (MAROTTA RANGEL, 1977, p. 8), “Elementos do direito das gentes segundo as doutrinas dos escritores modernos”, de 1851.

É, porém, em sua obra “Elementos de direito natural e privado”, de 1848 que o autor afirma que “o direito natural privado he o fundamento do direito universal do *Estado e das gentes*.”<sup>18</sup>, e deduz que “Portanto, a sciencia do direito consta de tres partes: o *direito natural*

<sup>17</sup> Pedro Autran da Matta e Albuquerque (1805-1881) foi do conselho do Imperador, comendador da ordem da Rosa e cavaleiro da de Christo; doutor em direito pela faculdade de Aix, formado em 1827; lente de economia política na faculdade de direito de Recife, foi por vezes diretor desta mesma faculdade em que, a partir de 1829, professou quase todas as disciplinas, jubilado após 40 anos de magistério, foi também professor da mesma disciplina no Instituto comercial da corte e de religião da escola normal; autor e tradutor de diversas obras nas áreas do direito, economia e religião. SACRAMENTO BLAKE, 1902, p. 21-23.

<sup>18</sup> (ALBUQUERQUE, 1848, p. 18-19, grifo do autor). Ainda nesse sentido, afirma em sua obra especialmente voltada ao direito internacional que “Os direitos das nações e dos individuos fundão-se nos mesmos principios; e como fundamentos de huns e de outros se podem estabelecer as seguintes verdades moraes: 1. Todo o ente moral, quer seja individuo, quer nação, tem o direito de se conservar, aperfeiçoar, e promover a sua felicidade; 2. Ninguem pode locupletar-se, nem avantajar-se com lesão do direito de outro; 3. Quem lesa o direito alheio está obrigado á reparação; 4. As convenções livremente feitas entre pessoas capazes de contratar, e sobre objeto licito, ligão as partes contratantes.” (ALBUQUERQUE, 1851, p. 4). Nota-se que esta proposta de construir o direito internacional a partir de uma generalização dos direitos do individuo é diferente daquela proposta por autores como Vattel, em que se observa: “*Une Société Civile, un Etat, est un fujet bien différent d’un individu humain: D’où réfulente, en vertu des Loix Naturelles mêmes, des Obligations & des Droits bien différens, en beaucoup de cas; la même règle générale, appliquee à deux fujets, ne pouvant opérer des décisions femblables, quand les fujets différent; ou une règle particulière, très-juite pour un fujet, n’étant point applicable à un fécond fujet de troute autre nature. Il elf*

*privado, o direito do Estado e o direito das gentes.*” (ALBUQUERQUE, 1848, p. 14, grifo do autor).

É somente em sua obra “Elementos de direito das gentes” que o autor formula uma definição de direito das gentes, na qual o apresenta como responsável pelas relações das *nações entre si*:

O direito das gentes (direito internacional, ou direito publico externo) he o complexo das regras que a razão deduz como conformes á justiça, ou que se fundão em convenções expressas ou tacitas, e que servem de determinar o procedimento das nações entre si. O direito das gentes divide-se pois em direito das gentes *natural*, e *positivo*; e este em direito *pacticio* (tratados publicos), e *consuetudinario* (costumes com força obrigatoria) (ALBUQUERQUE, 1851, p. 3, grifo do autor).

Ao tratar da definição de *gentes ou nação*, o autor apresenta o seguinte conceito:

O genero humano, divide-se em grupos, mais ou menos consideraveis, reunidos pela mór parte em associação civil para o fim de sua segurança interna e externa. Estes grupos compõem as diferentes *nações* da terra, que são consideradas como outras tantas individualidades distinctas. (ALBUQUERQUE, 1851, p. 3, grifo do autor).

Observa-se, pois, que a *nação* é tão somente um agrupamento humano que se associa com a finalidade de se conservar.

A seguir, tem-se a definição de *Estado*:

As nações que tem a propriedade do solo que habitão, denominão-se *Estados*; e as que não possuem propriedade territorial, chamão-se *Hordas*. Dividem-se os Estados em *soberanos* e *semi-soberanos*. Os primeiros exercem os seus direitos de soberania, sem dependencia dos outros Estados; e os segundos dependem de outros Estados para o exercicio de certos direitos essenciaes á perfeição da soberania. Os Estados soberanos não conhecem senão a Deos por seu superior. (ALBUQUERQUE, 1851, p. 3, grifo do autor).

Percebe-se, portanto, que o *Estado* é um conceito mais elaborado que aquele da *Nação*, englobando-a e acrescentando novos requisitos, com ênfase ao território. Parece sugerir, ainda, ser a soberania uma característica exclusiva do *Estado* – mesmo que nem todos a possuam plenamente.

Analisando o restante da obra, observa-se, porém, que o uso do termo *nação* não é empregado de forma rígida, como se fez notar, há passagens em que o autor se refere ao “território da nação”, enquanto, segundo sua definição, esta seria uma característica exclusiva do Estado (ALBUQUERQUE, 1851, p. 72).

*donec bien des cas, dans lesquels la Loi Naturelle ne décide point d'Etat à Etat, comme elle décideroit de particulier à particulier.*” (VATTEL, 1758, *Preliminaires*, §6, p. 3).

Observa-se, portanto, que muito embora Pedro Autran da Matta e Albuquerque ofereça distinções acerca dos conceitos de *Nação* e *Estado*, o autor não se manifesta especificamente acerca da subjetividade jurídica pertencer a um ou outro. Ao revés, as definições apresentadas não são seguidas de forma rígida ao longo da obra, permitindo concluir que, embora presentes, não se pode delas extrair relevância jurídica, mas tão somente fazer notar a preocupação do autor em estabelecer uma distinção.

### 2.2.2 “*Nação*” e “*Estado*” enquanto corpos políticos distintos pelos vínculos entre indivíduos no pensamento de Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond

O próximo autor com estas características é Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond<sup>19</sup>, que em sua obra “Preleções de Direito Internacional”, de 1867, busca apresentar a compilação de diversas obras da doutrina, selecionando o “mais racional e ajustado” dentre elas, fazendo correlação entre o direito natural e o direito pátrio e também com os Tratados e Convenções dos quais o Brasil foi parte (DRUMMOND, 1867b, p. 5-6). Exclui-se deste trabalho as leis e tratados relativos especificamente à diplomacia<sup>20</sup>, que preferiu trabalhar em obra apartada (DRUMMOND, 1867b, p. 6). Faz-se interessante observar que, com esta postura, o autor parece demonstrar que o estudo do direito internacional pode ocorrer em apartado das práticas diplomáticas, não resultando, portanto, exclusivamente como fruto destas.

O autor inicia sua obra fazendo referência apenas à *Nação*, desde “Ao Leitor”, apesar de combinar seu uso com o termo *Estado* antes que seja apresentada a definição deste ou daquela. É dada preferência ao termo *Nação* ao apresentar sua definição de direito internacional, qual seja:

O Direito internacional, Direito das Gentes, ou Nações, emfim o Direito publico externo – *jus gentium, jus inter gentes, jus civitatum inter se* – é o complexo dos direitos individuaes, e reciprocos entre as mesma Nações, ou aliás – dos dictames fundados na justiça, ou adduzidos das relações mutuas, e convenções expressas entre ellas (DRUMMOND, 1867b, p. 9, grifo do autor).

<sup>19</sup> Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond (1819-1876) formou-se em direito na faculdade de Olinda em 1849, tendo adquirido o grau de doutor em 1861; no ano de 1863 foi nomeado lente substituto, chegando a lente cathedratico em 1871, publicou obras e discursos nas áreas do direito e da diplomacia. SACRAMENTO BLAKE, 1883, p. 324-326.

<sup>20</sup> Em sua obra especificamente voltada para diplomacia, aponta ser ela responsável por fazer prevalecer, nas relações entre os Estados, o Direito Internacional à força e a políticas egoístas; DRUMMOND, 1867a, p. 9.

Complementa ao apontar que o Direito das Gentes (na sua acepção natural) teria por finalidade a salvaguarda das Nações e manutenção das suas relações, além de constituir as bases para o ensino da disciplina e servir de base e complementar as Convenções. A finalidade do Direito das Gentes positivo se limitaria ao auxílio em manter as relações internacionais (DRUMMOND, 1867b, p. 10).

Partindo para a definição dos termos, primeiramente apresenta-se o conceito de Nação:

As Nações livres são grupos mais ou menos numerosos, consideradas como individualidades distintas, ou pessoas moraes, e constituindo associações diversas com o fim social de manterem mutuas relações e salvaguardarem sua segurança interna e externa, e por conseguinte proverem sobre a utilidade *commum* (DRUMMOND, 1867, p. 11).

A seguir, o de Estado:

Os Estados são a reunião de homens, e famílias, que em território proprio se associam, tendo instituído o seu governo civil, seu chefe *commum*, sua constituição e soberania – com o fim de manter a segurança dos Membros d’essa mesma Associação, e só reconhecendo Deus – como seu Superior (DRUMMOND, 1867, p. 11).

Também relevante assinalar para a definição de povo: “Povo é a agregação de indivíduos sob a mesma *communhão* de território.” (DRUMMOND, 1867, p. 12).

Comparando os conceitos de Nação e Estado, o que se percebe é que ambos possuem uma finalidade comum, qual seja, a manutenção da segurança de seus membros. Variam, entretanto, em alguns aspectos. Estado é um conceito mais complexo que Nação, compreendendo, além dela, território, governo civil, constituição e soberania.

Apesar de insistir que se tratam de conceitos distintos, a diferença entre eles é muito mais de ordem interna e/ou estrutural, não surtindo grandes efeitos na ordem das relações internacionais, como se percebe, ao tratar desta distinção, o foco é centrado nas relações entre indivíduos, e não entre as diversas formas de organização política: “Para representar a ideia da sociedade política são empregados como *synonimos* esses termos, Nações, Estados, Povo, mas aliás encerrão diferenças notáveis sob a relação das *agregações* de indivíduos de que se compõe.” (DRUMMOND, 1867, p. 12, nota de rodapé 7).

Esta suspeita se confirma ao se notar que, mesmo o autor tendo certa preferência pela nomenclatura *Estado*, ainda utiliza, no mesmo contexto, *Nação*<sup>21</sup>. Ademais, o fato de uma

<sup>21</sup> Alguns exemplos do uso conjunto dos conceitos de Nação e Estado: “*Jus gentium voluntarium, secundarium, seu usus gentium*. – Alguns ainda o distinguem em – *Direito internacional publico*, porque regula as relações de Nação a Nação, e tem por objecto os conflictos do Direito publico –, e *Direito internacional privado*, porque se compõe de regras relativas á applicação das leis civis e criminaes de um Estado no territorio de outro estrangeiro.” DRUMMOND, 1867, p. 9, nota de rodapé 2, grifo do autor.; “Todo Estado tem direito – em virtude de sua soberania e independencia para determiar o ceremonial marítimo entre os seus Navios de guerra e as fortalezas, ou para com os de outras Nações, quer no alto mar, quer nos seus limiter marítimos;” DRUMMOND, op. cit., p.

sociedade se compor como um Estado, ao que tudo indica, não resulta uma acepção jurídica que a distinga das demais (Nação ou povo).

Não se pode, entretanto, menosprezar o valor desta distinção, ainda mais quando comparado com as demais obras anteriormente abordadas neste estudo, esta é o primeiro compêndio a apresentar, além de uma distinção entre Nação, Estado e povo, também uma postura do próprio autor – ainda que não bem sucedida – em tentar utilizar-se de forma mais rígida estes conceitos.

Nota-se que há significativa distinção entre o pensamento de Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond e de seus predecessores, Pimenta Bueno e Antonio Pereira Pinto. Se o que se viu naquele momento pode ser chamado de ruptura, está-se agora diante de uma possível continuidade – não, porém, com o pensamento destes autores.

### 2.2.3 Oposições entre “Nação” e “Estado” no plano extrajurídico: Uma releitura de Pedro Autran da Matta e Albuquerque por João Silveira de Souza

O último Lente a ser abordado, ainda no Brasil Império, é João Silveira de Souza<sup>22</sup>, através de sua obra “Licções Elementares de Direito das Gentes sobre o Compendio do Sr. Conselheiro Autran”, publicada em agosto de 1889; portanto, pouco antes da proclamação da República. Por se tratar de uma releitura – ou atualização – fica prejudicada a possibilidade de determinar com maior rigor os pressupostos específicos deste autor.

Esta análise torna-se especialmente interessante por tratar-se da visão de um autor de 1889 acerca de uma obra escrita 40 anos antes, consequentemente, ainda na primeira metade do século XIX. Tal obra tem potencial de permitir, destarte, observar diretamente possíveis continuidades e rupturas ao longo deste período.

O que se nota, com relação aos pormenores teóricos que interessam a este estudo, é que não houve ruptura, mas sim forte observância dessas ideias vindas de quatro décadas no passado, o que ajuda a demonstrar um possível motivo da pouca modificação na doutrina nacional no que diz respeito à subjetividade jurídica no âmbito internacional, qual seja, a aceitação pelos juristas daquele período das concepções cunhadas décadas no passado.

41. Não são poucas, ainda, as ocorrências em que o Título ou subtítulo usa o termo “Estado” e o corpo do texto exclusivamente “Nação”.

<sup>22</sup> João Silveira de Souza (1827-1906) formou-se em direito pela faculdade de São Paulo no ano de 1849, foi nomeado lente substituto em 1854, tendo se tornado lente cathedratico; assumiu diversas legislaturas pela província de Santa Catharina, foi presidente das províncias do Ceará, do Maranhão e do Pará; suas publicações são voltadas especialmente para o direito público. SACRAMENTO BLAKE, 1898, p. 52-53.

A obra de João Pereira de Souza tomou por base o compêndio empreendido pelo Conselheiro Autran<sup>23</sup>, utilizando-se de sua estrutura (e ideias). O primeiro ponto a ser abordado é justamente o relativo às associações humanas, em que o autor apresenta um comentário acerca da necessidade das diversas nacionalidades, e o fracasso nas tentativas de constituir associações políticas excessivamente extensas, por meio da conquista, e segue apontando para as diversas barreiras postas pela própria natureza, a fim de impedir (ou, ao menos, dificultar) esta empreitada (SOUZA, 1889, p. 6).

Apresenta, a seguir, os conceitos tanto de Estado, quanto de Nação, além de já adiantar seu juízo acerca da relevância (ou, mais precisamente, irrelevância) de sua distinção para o Direito Internacional, como se percebe:

Cumpre-nos, porém, fixar bem o verdadeiro sentido da palavra – nação – (concretização da nacionalidade), e que diferença há entre – nação e Estado. A palavra – nação tem, antes de tudo, uma significação ethnographica; ella se applica propriamente a um grupo de povos mais ou menos semelhantes por sua origem, língua, costumes, etc, independentemente dos accidentes naturaes que os separem, ou de qualquer laço politico, que os una; ao passo que por – Estado – se entende uma reunião de povos constituídos sob um governo commum, e formando um todo politico, embora nelle se comprehenda povos ethnographicamente diversos. Assim, uma nação pode formar muitos Estados differentes, como a Allemã, e um Estado, por sua vez, pode conter muitas nações distinctas, como o imperio Austriaco. Entretanto esta distincção entre – nação e Estado – aliás exacta em doutrina, ordinariamente não é observada quer na linguagem commum, quer na da sciencia, antes em uma e em outra são quasi sempre usadas como synonymas, e é assim que tambem, em geral, as empregaremos (SOUZA, 1889, p. 6-7).

Nota-se, portanto, que muito embora o autor perceba existir distinção entre Nação e Estado, justifica que mesmo dentre os que se dedicam a ciência do direito internacional – pensamento que se justifica ao tomar por base a realidade brasileira –, pouco uso teria distinção, razão pela qual, mesmo consciente dela, opta por não a fazer.

Não se pode deixar de observar que a Nação é caracterizada, mormente, por critérios objetivos, étnicos, linguísticos, costumes e “outros elementos” (não especificados), sendo estas características suficientes para romper barreiras geográficas, aparentemente não dependendo de uma finalidade (como a felicidade ou segurança de seus membros). Já o Estado é apresentado como sendo tão somente uma associação política com um governo comum.

Vale acrescentar, ainda, que mesmo este autor mantém a divisão do direito internacional em natural e positivo, como se percebe:

<sup>23</sup> Trata-se da obra “Elementos do Direito das Gentes segundo as doutrinas dos autores mais modernos”, de Pedro Autran da Matta e Albuquerque, que constitui o primeiro compêndio brasileiro nesta disciplina (MAROTTA RANGEL, 1977, p. 8).

Aquellas regras de justiça dadas pela razão, anteriores e superiores á vontade humana, como normas universaes e invariaveis da conducta das nações entre si, constituem o — Direito das Gentes absoluto; e as que resultão das convenções ou tratados que estas celebrão para melhor e de modo positivo estabelecer entre si certos direitos e obrigações, que aquelle não impõe immediatamente, constituem o — Direito das Gentes — positivo ou convencional; [...] (SOUZA, 1889, p. 8).

Nota-se, portanto, que tanto em Antonio de Vasconcellos Menezes Drummond, quanto em João Pereira de Souza, faz-se possível observar um direito internacional público, de formação geral e abstrata, voltado a compreender as relações da comunidade internacional, e não tão somente as práticas diplomáticas.

Ainda dentre as semelhanças, ambos são capazes de definir e distinguir Nação e Estado, mais que isso, alertar para as diferenças entre os conceitos, embora não considerem as repercussões jurídicas que poderiam advir da preferência por um ou outro termo.

Percebe-se, porém, que os elementos utilizados por cada um deles para definir os conceitos de Nação e de Estado não são convergentes. Enquanto para o primeiro, a Nação se configura como uma pessoa moral, orientada para um fim comum – garantir a segurança de seus membros e prover a “utilidade comum” –, para o segundo, Nação é, muito antes, a concretização da nacionalidade, por meio da reunião de certos elementos de caráter objetivo, notadamente, a língua, a etnia e os costumes.

Aqui é preciso alertar que qualquer semelhança do pensamento de João Pereira de Souza com os autores abordados ao tratar da Escola Italiana de Direito Internacional (Mancini, Mamiani e Fiore) parece enganosa, porquanto, apesar de a Nação ser vista como a concretização da nacionalidade, esta é composta, para o autor brasileiro, apenas por critérios objetivos – como alerta o próprio autor, é uma definição etnográfica – deixando de lado o elemento subjetivo, a consciência da nacionalidade, que, desde Mazzini, já se demonstrava essencial para o surgimento da Nação.

De qualquer modo, nota-se que mesmo nos autores brasileiros que apresentam uma distinção entre os termos Nação e Estado (Pedro Autran da Matta e Albuquerque, Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond e João Silveira de Souza), tal distinção não implica em quaisquer consequências jurídicas (pois, limitam-se ao plano político ou social), não sendo possível para a doutrina brasileira, até o momento, responder “qual é o sujeito de direitos no plano das relações internacionais”.

Observou-se, portanto, que, em regra, os juristas brasileiros ao longo do império não se atinham a uma maior distinção entre os conceitos de Nação e Estado ou, se o faziam, disso não acarretavam maiores consequências jurídicas.

Em conclusão, percebe-se que, desde o surgimento das primeiras universidades até o final do Império, a doutrina brasileira permaneceu quase que indiferente ao debate acerca da subjetividade jurídica no âmbito internacional – a única exceção estava ligada aos círculos militares, e não às universidades –, que já se encontrava bastante inflamado na Europa, repercutindo não só no campo estritamente teórico, mas com diversas manifestações em casos práticos como a unificação da Itália, da Alemanha e a disputa pela Alsácia-Lorena.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das primeiras conclusões que este trabalho oferece é o fato de que, muito embora o questionamento acerca de quem seja o sujeito de um determinado complexo de relações jurídicas possa nos parecer algo natural, nem sempre foi possível notar uma clara preocupação em responder esta pergunta.

Assim, percebe-se que houve certo período de indiferença acerca de uma delimitação mais rígida das características de um sujeito, especialmente no plano internacional, em que os autores utilizavam ampla variedade de termos, sem necessariamente defini-los ou distingui-los.

Observa-se que desde o surgimento das primeiras universidades nacionais até o final do Império, a doutrina brasileira permaneceu quase que indiferente ao debate acerca da subjetividade jurídica no âmbito internacional, que já se encontrava bastante inflamado na Europa, repercutindo não só no campo estritamente teórico, mas com diversas manifestações em casos práticos como a unificação da Itália, e da Alemanha e a disputa franco-prussiana pela Alsácia-Lorena.

Nota-se que os autores brasileiros, mesmo aqueles que publicam seus trabalhos mais próximos ao final do século XIX, não abarcam a contenda acerca dos conceitos de “Nação” e “Estado” e tampouco elegem um destes como sujeito de direito internacional. Enquanto José Antonio Pimenta Bueno e Antonio Pereira Pinto parecem não vislumbrar distinção entre estes conceitos, utilizando-os como sinônimos, autores como Pedro Autran da Matta Albuquerque, Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond e João Silveira de Souza preocupam-se em estabelecer distinções entre os conceitos, sem, contudo, extrair consequências jurídicas a partir da escolha de um ou outro conceito, de modo a tornar indiferente o uso de um ou outro termo no âmbito do direito internacional.

Os motivos dessa lacuna doutrinária permanecem desconhecidos. É possível, ao

máximo, estabelecer algumas hipóteses (sua corroboração ou negação, contudo, constituem objeto de trabalho específico), dentre elas, ressalta-se a impossibilidade de o Brasil preencher os requisitos objetivos que constituem o conceito europeu de Nação (obrigatórios para autores como Pasquale Stanislao Mancini e desejáveis para Terenzio Mamiani e Pasquale Fiore), fazendo os autores brasileiros se afastar dessa concepção e optar pelas de cunho voluntarista ou finalístico.

Pode-se, ainda, considerar a existência de uma política nacional de neutralidade quanto aos assuntos europeus, que se estenderia para além das práticas diplomáticas. É de se notar que apenas Antonio Pereira Pinto apresenta críticas ao tratamento recebido pelo Brasil por parte de países da Europa – mas sem, com isso, adentrar na problemática da subjetividade jurídica.

A aspiração do Brasil em ser reconhecido como uma das nações cultas ou nações civilizadas auxilia a justificar uma postura de não se manifestar acerca dos conflitos políticos que se legitimavam com base no discurso da nacionalidade.

Deve-se, ademais, considerar que poderia haver alguma espécie de censura, por parte do poder público – que concedia as autorizações para publicação dos compêndios utilizados nas universidades – de tais ideias que se demonstravam capazes de modificar fronteiras e, portanto, especialmente perigosas em um país há pouco independente, podendo servir de inspiração para movimentos insurgentes.

Findo o Império, encaminhando-se para Primeira República, é possível perceber que um dos autores brasileiros, Lafayette Rodrigues Pereira, teve contato com o pensamento de Mancini (e também de Mamiani) e fora influenciado – ao menos em parte – por sua proposta de eleger a Nação como sujeito. Tal escolha, contudo, não implicou rompimento com diversos valores defendidos pela doutrina internacionalista brasileira desde os tempos do Império, como a primazia da vontade, definição finalística e igualdade entre os sujeitos.

### 4 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. **Elementos de direito natural e privado**. Pernambuco: Typ. Imparcial, 1848.

ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. **Elementos do direito das gentes** segundo as doutrinas dos escritores modernos. Pernambuco: Typ. União, 1851.

AVELLAR BROTERO, José Maria. **Princípios de Direito Natural**. Rio de Janeiro: Typographia Imperial e Nacional, 1829.

BLOCH, Marc Leopold Benjamin. **Apologia da História** ou o Ofício de Historiador. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

DAL RI JR, Arno. **A Nação Contra o Estado**. A Ciência do Direito Internacional no “Risorgimento” Italiano. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. – v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 69-97.

DRUMMOND, Antonio de Vasconcellos Menezes de. **Prelecções de direito internacional** com referencia e applicação de seus principios ás leis particulares do Brasil até 1867. Pernambuco: Typographia do Correio do Recife, 1867.

GROSSI, Paolo. **Da Propriedade as Propriedades e outros ensaios**. Tradução: Luis Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

MAROTTA RANGEL, Vicente. **Primeiros escritos sobre Direito Internacional no Brasil**. In: **Problemas Brasileiros**, 1977 (outubro).

PEREIRA PINTO, Antonio. **Apontamentos para o direito internacional** ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C.<sup>a</sup> – Livreiros-Editores, 1864 [Tomo I].

PEREIRA PINTO, Antonio. **Apontamentos para o direito internacional** ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C.<sup>a</sup> – Livreiros-Editores, 1865 [Tomo II].

PEREIRA PINTO, Antonio. **Apontamentos para o direito internacional** ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C.<sup>a</sup> – Livreiros-Editores, 1869 [Tomo IV].

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito Internacional Privado** e applicação dos seus principios com referencia ás leis particulares do Brazil. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1863.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito Publico Brasileiro** e analyse da Constituição do Imperio. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1857.

SACRAMENTO BLAKE, Augusto Victorino Alves. **Diccionario Bibliographico Brasileiro** - Primeiro Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1883.

SACRAMENTO BLAKE, Augusto Victorino Alves. **Diccionario Bibliographico Brasileiro** - Segundo Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

SACRAMENTO BLAKE, Augusto Victorino Alves. **Diccionario Bibliographico Brasileiro** - Quarto Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

SACRAMENTO BLAKE, Augusto Victorino Alves. **Diccionario Bibliographico Brasileiro** - Setimo Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

SOUZA, João Pereira de. **Licções Elementares de Direito das Gentes** sobre o Compendio do Sr. Conselheiro Autran. Pernambuco: Typographia Economica, 1889.

VATTEL, Emer de. **Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains [Tome I]**. Londres: apud Liberos Tutor, 1758.

## A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: ESTUDO SOBRE OS RUMOS DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS, NOTADAMENTE FRENTE À EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Frederico Mateus Bellaver Souza\**

**Palavras-chave:** interesses difusos; interesses coletivos; interesses individuais homogêneos; ações coletivas; novo código de processo civil.

**Resumo:** O presente trabalho trata das dificuldades suportadas pelo atual microsistema de processos coletivos para se alcançar o atual estágio, especialmente no que se refere à problemática legislativa imposta. Por outro lado, pretende-se analisar os benefícios trazidos pela coletivização de demandas ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como eventual possibilidade de novos rumos para progressão das ações coletivas frente ao novo código de processo civil, e de sua coexistência com outros meios processuais de apreciação judicial de interesses múltiplos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; assim como institutos do direito material que se prezam à defesa de interesses supraindividuais, como os Danos Punitivos.

**Abstract:** This paper deals with the difficulties faced by the control of representative suits in order to reach the current stage, especially with regard to the legislative problematic imposed. Besides that, it is intended to analyze the benefits brought by collectivization of demands to the Brazilian law, as well as possibility of new directions for collective actions against the new civil procedure code and their coexistence with other judicial means of suits with multiple interests, such as the Repetitive Resolution Resolution of Demands; as well as institutes of material law that are committed to the defense of supraindividual interests, such as Punitive Damages.

A sociedade em sua origem surgiu para a facilitação da sobrevivência do homem, fazendo com que este deixasse de ser nômade e adotasse o sedentarismo. Como principal desdobramento desse processo evolutivo de socialização, vimos o surgimento – ou o aumento – dos conflitos entre os homens, o que se refletiu na criação de um sistema de regramentos para a manutenção da ordem social. A este sistema deu-se o nome de Direito.

\* Estudante de Direito da Faculdade de Direito de Curitiba. Telefone: (41) 99573-4916. E-mail: [fredericombs@gmail.com](mailto:fredericombs@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2231194936142940>.

O Direito, portanto, se reflete como um meio institucional para a resolução de conflitos entre homens, apresentando por meio de um ordenamento jurídico resposta aos desentendimentos inerentes ao cotidiano da sociedade.

O meio hábil à instrumentalização da pretensão subjetiva daquele que busca a tutela jurisdicional para, em suma, se fazer aplicar o Direito, é o processo judicial. Nos dizeres da autora Ada Pellegrini Grinover<sup>1</sup>: “O processo é um instrumento a serviço da paz social”.

Tratando dos interesses discutíveis em juízo, doutrinariamente podem ser divididos em dois quadrantes extremos, notadamente os interesses públicos, matérias eminentemente cogentes importantes à sociedade como um todo, não alteradas de acordo com a vontade das partes; e os interesses privados, com normas que regulam interesses particulares, com maior grau de flexibilidade às partes. Em meio às categorias tradicionais citadas, leciona o professor Hugo Nigro Mazzilli<sup>2</sup>, enquadram-se os interesses transindividuais, definidos pelo ex-procurador de justiça como “aqueles que reúnem grupos, classes, ou categorias de pessoas”.

Os interesses de caráter supra individuais podem ser sub categorizados como interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos. Os primeiros referem-se a um fato social abrangendo um número de indivíduos indeterminado unidos por um objeto materialmente indivisível, a exemplo o Direito que todo brasileiro possui a um meio ambiente sustentável. Os segundos, partem de uma situação de direito privado, uma relação jurídica entre os interessados, porém com um objeto indivisível, e com uma gama elevada de sujeito, a exemplo de eventual dano causado aos acionistas de uma mesma companhia. Por último, são aqueles indivíduos que também possuem um fato gerador comum para todos os integrantes da categoria, sendo que neste caso a dimensão da lesão pode ser auferida em relação a cada um dos sujeitos lesados, como os danos causados aos consumidores frente a explosão de um estabelecimento comercial a que frequentavam.

Analisando a natureza jurídica dos interesses transindividuais, sob o espectro da divisão tradicional entre público e privado, pode-se enquadrá-los no intermediário entre as extremidades tradicionais. Isto porque muito embora versem sobre a soma da diversidade de inúmeros direitos individuais unidos por circunstâncias fáticas, muitas vezes de abrangência dos ramos do Direito Privado; adquirem o viés público em função da amplitude de sujeitos atingidos, somada à qualidade de similitude do objeto apreciado.

<sup>1</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. Página 41.

<sup>2</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. 5ª edição. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005. Página 17.

Aforando demandas múltiplas individuais sobre determinado tema, poder-se-ia prejudicar o sucesso na prestação jurisdicional justamente pelas três características essenciais à natureza dos interesses transindividuais, quais sejam, (1) a quantidade de sujeitos certamente, com ações individuais, inflariam o poder judiciário, com prejuízo do devido processo legal e as garantias que lhe são integrantes; (2) o objeto que une os sujeitos separados por demanda dificulta a identificação de qual parte do todo cabe a qual sujeito, alongando a fase instrutória dos processos, assim como arriscando a concessão de respostas divergentes a sujeitos em mesma – ou semelhante – realidade fática; (3) unindo os processos em razão (também) da origem comum facilita o entendimento do duto magistrado a respeito da causa, assim como economiza esforços (desnecessários) de vários juízes debruçarem-se sobre a mesma demanda.

A tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos versa por vezes sobre direitos privados, e merecem abordagem pública na medida em que são imprescindíveis à operacionalização das causas em que são requisitados.

Estudando-se as ações coletivas, é comum que encontremos a referências distintas a institutos que, em regra, possuem o mesmo significado.

A primeira diferenciação que merece ser suscitada é a referência feita pelos diplomas legais, doutrinadores, e jurisprudência ora a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos para tratar dos direitos transindividuais, e ora como interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos para tratar então de interesses transindividuais.

À parte da argumentação trazida por alguns doutrinadores com mais apego à tecnicidade do Direito, o fato é que a nomenclatura conferida ao instituto não se torna tão relevante quando à utilização de qualquer dos nomes resultará rigorosamente no mesmo resultado.

Dentre os diplomas legais, nota-se, por exemplo, que a fim de não entrar no mérito da discussão acerca da nomenclatura dos institutos, mas se preocupando basicamente com as necessárias implicações pragmáticas a serem promovidas no Direito pela utilização das ações coletivas, o código de defesa do consumidor estampa direitos e interesses como se sinônimos fossem, utilizando uma nomenclatura, e por vezes outra, mas em regra conferindo-lhes idêntico sentido semântico.

Nesta linha de raciocínio, registra-se desde logo que a menção a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos será realizada na mesma linha do código consumerista, isto é, assumindo as expressões como de significados similares, preocupando-se preponderantemente com as implicações práticas pela utilização dos institutos.

Acerca das vestes dadas ao instituto estudado, e em suas consequências práticas pela utilização, distinguem-se as ações coletivas lato sensu, ações coletivas stricto sensu ou assim também chamada pela maioria dos doutrinadores de ação civil pública.

As ações coletivas lato sensu, não serão o enfoque principal do presente trabalho, porém sua identificação certamente é mais facilmente realizada, e sobre ela resta pouca discussão acerca da nomenclatura atribuída. Quase que por unanimidade, concorda-se que as ações coletivas como gênero são quaisquer demandas coletivas, compreendendo inclusive os remédios constitucionais de natureza coletiva, como o mando de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo.

Por outro lado, resta importante discussão sob o prisma evolutivo das ações coletivas a respeito da nomenclatura das ações coletivas em espécie, ou seja, das ações coletivas stricto sensu.

As ações coletivas em espécie constituem verdadeiro microsistema de processos coletivos no Brasil, fundadas basicamente na lei da Ação Civil Pública de 1985, na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor.

Neste cenário, cumpre expor que enquanto as ações coletivas estribadas na lei da ação civil pública e na constituição federal versam precipuamente sobre interesses difusos e coletivos, no caso do código de defesa do consumidor tratam-se essencialmente de interesses individuais homogêneos ou, por vezes, coletivos.

A ação civil pública pode ser definida como a ação de caráter não penal ajuizada pelo ministério público. Assim, o nome de ação civil se relaciona em caráter de oposição a ação penal promovida pelo *parquet* e pública em razão da legitimação, inicialmente, de autoridades pertencentes ao Estado para manejar a ação.

Contudo, principalmente nas ações que se defendem interesses individuais homogêneos e nos interesses coletivos, sabidamente com as esperanças proposituras de novos regramentos para a tutela coletiva, com a ampliação do rol de legitimados, bem como da autorização já conferida às associações; percebe-se que as razões doutrinárias para taxar as ações coletivas em sentido estrito de ações civis públicas não se mantêm, razão pela qual a abordagem do tema como ações coletivas neste contexto atual parece mais acertada.

As ações coletivas são responsáveis por tutelar aqueles interesses que transcendem a esfera do indivíduo, afetando determinado grupo de indivíduos, os quais estão inter-relacionados, seja pela natureza da classe a que pertencem (na defesa de interesses coletivos),

seja pelo objeto tutelado (no que toca aos interesses difusos), ou seja pelo evento ocorrido (em se tratando de direitos individuais homogêneos).

Importa ao estudo das ações coletivas o conhecimento das finalidades a que são destinadas tais ações, tutela dos interesses difusos e coletivos, economia processual e isonomia processual, no que se refere aos interesses individuais homogêneas; assim como conceder acesso à justiça, na medida em que não fosse pelas ações coletivas, diversas demandas que versem sobre interesses individuais homogêneos não seriam levadas ao judiciário face à pouca significância que representam perante o sujeito lesado.

Pode-se considerar que as ações coletivas promovem uma ampliação da do acesso à tutela jurisdicional também em função dos custos para se litigar. Em considerando ações tutelando direitos individuais, o valor para a operacionalização do processo será arcado somente pelo titular deste direito, de modo que o montante a ser pago para a luta do direito pode ser desestimulador frente ao valor do bem da vida pretendido.

O professor Mauro Cappelletti<sup>3</sup> apresenta as pequenas causas como obstáculos ao efetivo acesso à justiça: “Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ter decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade”

As demandas coletivas, portanto, se mostram como interessante alternativa às dificuldades relacionadas aos pequenos valores de algumas pretensões individuais, especialmente no que toca aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

Na esfera dos interesses coletivos, por exemplo, imaginemos um acadêmico cursando o último ano de faculdade, que tenha seu direito violado com o aumento desproporcional e injustificado da mensalidade aplicada pela instituição de ensino contratada. Em função do baixo impacto que lhe causará o aumento promovido pela faculdade, pode não ser a este consumidor individualmente considerado interessante a propositura de demanda judicial hábil à reparação dos danos causados, ou àqueles na eminência de ser suportados; contudo, ao se considerar a integralidade dos consumidores da instituição de ensino em referência, evidentemente que eventual ação coletiva possuiria alta porcentagem de sucesso.

Além disso, por outro lado, partindo da premissa de que o aumento aqui tomado como exemplo irradiará efeitos sobre todos os alunos da instituição de ensino prestadora do serviço,

assim considerados como uma coletividade de consumidores, certamente a quantia a maior auferida indevidamente pela causadora do dano em decorrência do ato ilícito significará relevante lucro em sua atividade.

Neste cenário, as ações coletivas figuram como peso ideal aos consumidores para reequilibrar a balança frente à causadora do evento danoso, afastando o impacto do custo relacionado à baixa pretensão pecuniária do acadêmico lesado, dado que a tutela jurisdicional será custeada por todos os integrantes da coletividade.

No que toca aos interesses individuais homogêneos, os exemplos são em número ainda maior, pensemos no caso de determinado frigorífico que comercialize produtos em desconformidade com o disposto na embalagem, anotando a quantidade de 1 quilograma, mas embalando somente 900 gramas de produto propriamente dito. Eventual consumidor cauteloso que conferisse a quantidade de carne que lhe foi entregue, constatando a falta de 100 gramas, provavelmente buscaria a reparação do dano perante o poder judiciário, tendo em vista que o bem da vida pretendido – 100 gramas de carne – possui valor muito provavelmente inferior ao que seria dispendido para o devido acesso à justiça. Contudo, a empresa praticante do ato ilícito que lesou os consumidores, lucraria quantia significativa, pois agregaria concentradamente quantia devida a cada um dos consumidores. Assim, também seria a ação coletiva o remédio institucional eficaz à proteção dos direitos, novamente por diluir a problemática do custo.

A reparabilidade de um dano pleiteada em uma ação coletiva satisfaz para além dos autores nela envolvidos, uma coletividade mais abrangente que os engloba. Havendo procedência pelo pedido que atinja certa comunidade lesada, potenciais integrantes desta privar-se-iam de sofrer dos mesmos males que os partícipes mais remotos.

Em suposto sucesso de ação coletiva em que se objetive a cessão de danos ao ambiente em cidade específica, se vislumbrará favorecimento tanto dos atuais residentes da região prejudicada (representados no polo ativo), quanto dos futuros moradores do perímetro atingido – que em nada se relacionam com o litígio, dado que estes segundos não serão lesados na forma dos primeiros.

No Direito do consumidor diferente não o é, os frutos da prestação jurisdicional serão colhidos tanto pelos atuais correntistas, quanto pelos futuros, posto que estes não experimentarão tal dissabor por aquela tarifa já afastada pelo judiciário.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Página 19.

Antes de adentrarmos ao mérito acerca da existência e do futuro das tutelas coletivas em meio a outros institutos de tutela do direito material, cabe observar o desenvolvimento histórico do processo coletivo brasileiro, os desafios enfrentados, seus sucessos e retrocessos.

As ações coletivas no Brasil desenvolvem-se em uma história que se caracteriza pela constante superação em relação aos freios instituídos por aqueles que temem a possibilidade de se tutelar interesses ou direitos que estariam desamparados pelo regramento processual, e, por isso, blindá-los-ia da responsabilização pelas não observações de normas havidas no plano do direito material.

Em outros termos, as demandas coletivas sempre foram, além de uma ferramenta promissora para a efetivação do direito, um risco aos detentores do poder, especialmente àqueles que agem à margem do ordenamento jurídico, aqueles que priorizam sua satisfação pessoal – ainda que ilícita – em detrimento do direito de outros tantos.

Assim, as ações coletivas encontram dificuldade em popularizar-se em razão de afrontar interesses de diminuta parcela da sociedade integrante de setores poderosos com influência legislativa, quando, em contrapartida, beneficiam grande monta de indivíduos, tendo estes, porém, menos poder político-social.<sup>4</sup>

O surgimento do microsistema de processos coletivos parte da edição da lei nº 1.134 em 19505, a qual facultou a específicas associações de classe pré-existentes em relação à publicação da lei a possibilidade de serem os associados representados em juízo, individual ou coletivamente.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, lei nº 4.215 de 1963 previu<sup>6</sup> a representação pela OAB dos interesses gerais pertencente aos advogados, além dos interesses individuais.

<sup>4</sup> Hugo Nigro Mazzilli atenta para o fato de que em 2010 foi arquivado o projeto de lei nº 5.139 de 2009 pois naquela época a tutela coletiva já desconfortava alguns setores: incomodava os governantes e parlamentares, com as ações de improbidade administrativa; incomodava os empresários, com as ações de responsabilidade civil, as ações ambientais e as de defesa do consumidor; incomodava, enfim, os poderosos. (ZANETI JR., Hermes. Coordenador. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. Página 188.

<sup>5</sup> Art. 1º As associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.

<sup>6</sup> Art. 1º A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo art. 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, com personalidade jurídica e forma federativa, é o órgão de seleção disciplinar e defesa da classe dos advogados em toda a República (artigo 139).

Constitucionalmente, os direitos transindividuais foram abordados na terceira constituição brasileira, em 1934, quando o constituinte inovou inserindo nos arts. 113 e 387, os parâmetros fundamentais para o nascimento da Ação Popular, a concessão a qualquer cidadão brasileiro a legitimidade para ser parte em processo judicial com o escopo de nulificar ou anular atos lesivos ao patrimônio estatal.

Tal ação foi suprimida na Constituição de 1937, sendo reintroduzida em 1946, quando, então, integrou todos os textos constitucionais subsequentes. Contudo, estas ações somente instrumentalizaram-se de forma relevante após a edição de regulamentação específica acerca da matéria, o que ocorreu em 1965, com a lei nº 4.7178.

Sem prejuízo do relevante e inovador papel dos dispositivos citados anteriormente, a Lei da Ação Popular é citada como primeira regra brasileira a abordar amplamente a defesa de interesses difusos, especialmente legitimando o cidadão para a defesa do patrimônio público.<sup>9</sup>

Desde então, houve a redemocratização do Estado, com o crescimento da iniciativa popular, da preocupação com a manutenção do Meio Ambiente, além do surgimento de novos direitos. Neste cenário, o Ministério Público começa a assumir novas atribuições, passando a ter novo papel perante a sociedade, para além da persecução penal e proteção dos incapazes<sup>10</sup>.

Paralelamente, vale o destaque ao desenvolvimento doutrinário que se sucedeu no Brasil, com a produção de juristas com incontestável propriedade para tratar do direito processual civil, como José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Junior, sem os quais o desenvolvimento dos processos coletivos brasileiros quedar-se-iam como um sonolento desinteresse legislativo, tal qual as tentativas europeias.<sup>11</sup>

Foram editados então novos diplomas legais, estampando os novos anseios da sociedade, especialmente com o engrandecimento das atribuições cíveis do Ministério Público, sendo eles a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – lei nº 6.938 de 1981 – e a Lei Orgânica do Ministério Público – lei complementar nº 40 de 1981 –, esta última prescrevendo a legitimidade ativa do agente ministerial para as demandas versando sobre a responsabilidade

<sup>7</sup> Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

<sup>8</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Página 200.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001. Página 36.

<sup>10</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. Cit. Página 201.

<sup>11</sup> DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de direito processual civil processo coletivo. 9ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014. Página 27.

pelos danos causados ao meio ambiente, assim como para propositura da ação civil pública, conforme art. 3º, III.

Em 1982, como continuidade aos trabalhos anteriores, capitaneados pela eminente processualista Ada Pellegrini Grinover, uma comissão de juristas paulistas, composta também pelos juristas Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Jr., redigiu o anteprojeto de lei versando sobre interesses coletivos. No I Congresso Nacional de Direito Processual, ocorrido em 1983, o anteprojeto foi apresentado ao público pela primeira vez, quando foram oferecidas as primeiras contribuições de melhoria por José Carlos Barbosa Moreira. Enfim, no ano de 1984, o texto foi apresentado à Câmara de Deputados pelo Deputado Flávio Bierrenbach, como Projeto de Lei 3.034.

Contemporaneamente aos trabalhos realizados em São Paulo, em 1983, aconteceu em Minas Gerais o XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público de São Paulo, no qual foi apresentado pelos à época promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Jr. o trabalho denominado “Ação Civil Pública”, como regulamentação do art. 3º, III, da Lei Complementar 40/81, o qual posteriormente foi apresentado ao congresso nacional pelo presidente da república João Figueiredo como projeto de lei – Câmara dos Deputados, nº 4.984/1985; Senado, nº 20/1985 – aprovado e, posteriormente, transformado na lei 7.347/1985 sancionada pelo Presidente José Sarney com vetos.<sup>12</sup>

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento da essencialidade das ações coletivas na formação de um estado democrático de Direito. Isto porque, para além de ter o reconhecimento constitucional do cabimento de algumas ações já previstas em leis esparsas, houve a previsão genérica para a tutela coletiva, demonstrando o legislador constituinte que este seria um dos rumos a serem seguidos pelo Estado brasileiro, conferindo ao legislador infraconstitucional a tarefa de complementar tais diretrizes dadas pela constituição, por meio da edição de leis infraconstitucionais hábeis a maximizar a força do instituto para cumprimento dos anseios sociais brasileiros.

Especificamente, a nova carta da república trouxe em seu art. 5º diversas possibilidades de demandas coletivas: o inciso XXI previu a legitimação das associações para representar seus associados judicial ou extrajudicialmente; nos incisos LXIX e LXX restou estampado o mandado de segurança coletivo; no inciso LXXIII constitucionalizaram-se as ações populares. Em seguida, o art. 8º, III define a possibilidade de os sindicatos defenderem os interesses da

<sup>12</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. Cit. Página 202.

categoria, judicial ou administrativamente, tanto na esfera individual quanto na coletiva. Por fim, o art. 129, III, destacou como uma das funções do ministério público a proteção em juízo do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Chama-se atenção ao dispositivo que trata da legitimação extraordinária do ente ministerial para a propositura de ações coletivas, o qual exprimiu a vontade do legislador de expressamente não taxar os interesses tuteláveis, referenciando “outros interesses difusos e coletivos” na maior amplitude possível para o termo.

Não se pode olvidar, ainda, o contido no § 1º do art. 129, o qual desde logo asseverou que a legitimação conferida constitucionalmente ao Ministério Público para as ações civis não afasta a atuação de terceiros para as mesmas hipóteses.

Em fechamento aos aprimoramentos da tutela coletiva promovidos pelos legisladores constitucional, trouxe o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>13</sup> o prazo de cento e vinte dias, a contar da promulgação do texto constitucional, para a edição de um Código de Defesa do Consumidor pelo Congresso Nacional.

Em cumprimento ao artigo acima mencionado, muito embora intempestivamente, foi publicado em 12.09.1990 o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990 – o qual entrou em vigor no dia 11.03.1991. O projeto coordenado pelo Deputado Joaci Góes recebeu o prestígio de diversos juristas gabaritados que participaram de uma comissão do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, dentre os quais Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Nelson Nery Junior, sendo aprovado pelo plenário, e sancionado parcialmente pelo Presidente que seria afastado em 2 de outubro de 1992 devido ao processo de impedimento Fernando Collor, com 42 vetos.

Para o presente trabalho, cumpre analisar os vetos referentes ao regramento sobre a tutela coletiva dos consumidores, especialmente quanto à fundamentação trazida pelo ex-presidente como justificativa para a não inserção de determinadas normas formuladas pelo parlamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, estuda-se o veto à possibilidade de ser ajuizada ação pleiteando controle preventivo das cláusulas contratuais disposta no Parágrafo único do art. 8314. Em defesa da impossibilidade da manutenção do dispositivo no Código de Defesa do Consumidor recém aprovado, argumentou o então Presidente: “O controle abstrato de atos jurídicos constitui

<sup>13</sup> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

<sup>14</sup> Art. 83 Parágrafo único - Poderá ser ajuizada, pelos legitimados no artigo anterior ou por qualquer outro interessado, ação visando o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais.”

atividade excepcional do Judiciário (CF., art. 5º, XXXV). A eficácia "erga omnes" de decisão proferida nessa modalidade de controle exige redobrada cautela na instituição de processos dessa índole. A pluralidade de entes legitimados a propor "ação visando ao controle abstrato preventivo de cláusulas contratuais gerais", com a probabilidade da instauração de inúmeros processos de controle abstrato, constitui séria ameaça à segurança jurídica. Assim, é suficiente a disciplina que o § 4º15 do art. 51 do projeto dá à matéria."

Pois bem. Analisando a sustentação, para vedação ao cabimento expresso da ação referida, depreende-se que o cerne da questão se restringe, em tese, à excepcionalidade do controle de atos jurídicos pelo Poder Judiciário, assim como eventual provocação de insegurança jurídica.

A um não se pode confirmar o argumentado quanto à violação de atividade exclusiva do poder judiciário, posto que o parágrafo vedado buscava justamente levar à apreciação judicial atos jurídicos - mormente cláusulas contratuais - que pudessem violar direitos transindividuais de consumidores. Ora, nesse sentido, não há qualquer exclusão do poder judiciário da apreciação de ameaça a lesão de direitos, em sentido diametralmente oposto, o parágrafo vetado corria na esteira do art. 5º, XXXV16, figurando como evidente avanço na tutela jurisdicional brasileira, com a atuação preventiva das instituições em defesa da coletividade.

Em outras palavras, não se confirma a primeira alegação frente ao princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual esta somente será exercida quando uma parte legítima e com interesse jurídico provocar o poder judiciário. É dizer, o parágrafo vetado fundamentava justamente o direito de ação dos legitimados para buscar especificamente a tutela dos referidos interesses coletivos.

Frisa-se que o veto apreciado, sobre a possibilidade da propositura de ações coletivas para prevenir lesões a direitos coletivos dos consumidores, de forma alguma afasta tal possibilidade de se buscar a tutela jurisdicional. Isto porque o dispositivo tão somente promovia um maior regramento sobre a matéria a fim de afastar qualquer esforço hermenêutico retrógrado que supostamente viesse a restringir a defesa de interesses da coletividade

<sup>15</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

<sup>16</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A dois, questionou-se o dispositivo em razão da variedade de legitimados para propositura de ação judícia com sentença de eficácia erga omnes, sendo que a possibilidade de existirem múltiplos processos de controle abstrato causaria, em tese, insegurança jurídica.

Cumpre salientar que quanto maior o número de sentenças com eficácia erga omnes proferida, maior será a eficiência do poder judiciário. Isto porque, na prolatação de sentenças com tais efeitos - assim como nas ações coletivas em geral - tutela-se interesses de elevado número de indivíduos em um único processo. Dessa forma, o dispositivo promovia uma ampliação das possibilidades de tutela dos interesses dos consumidores. Além disso, a impossibilidade de se aforar determinada ação coletiva gera como produto ações judiciais individuais múltiplas, o que acaba por sufocar ainda mais o trabalho dos magistrados

Por outro lado, não há que se falar em insegurança jurídica decorrente da possibilidade de controle abstrato dos atos jurídicos atinentes aos consumidores pela possibilidade de se propor ação coletiva. Isto porque a multiplicidade de processos para a ocorrência do controle em ações coletivas é, em regra, inferior à quantidade necessária para se tutelar idênticos interesses pela via individual.

A coletivização destas demandas, portanto, promoveria uma maior segurança jurídica em razão da diminuição da quantidade de ações propostas, e em função do tratamento equânime que seria dispensado a consumidores em situações idênticas, especialmente no que se refere à interpretação de seus contratos.

Não se pode olvidar que em nosso ordenamento jurídico já possuímos meios hábeis à proteção da segurança jurídica, como os institutos da conexão e continência, já previstos nos arts. 104 e 105 do Código de Processo Civil de 1973<sup>17</sup>18, de modo que o veto como justificado não se sustenta.

O veto seguinte sobre dispositivos tratando da tutela coletiva no Código de Defesa do Consumidor versa sobre a possibilidade da utilização de remédios constitucionais - Mandado de Segurança e Habeas Data - em proveito dos direitos e interesses dos consumidores, conforme descrito nos arts. 85 e 8619.

<sup>17</sup> Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

<sup>18</sup> Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

<sup>19</sup> Art. 85 - Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Art. 86 - Aplica-se o habeas data à tutela dos direitos e interesses dos consumidores."

As ações de mandado de segurança e de habeas data destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, o objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incisos LXXI e LXXII do art. 5º<sup>20</sup> da Carta Magna.

Em síntese, suscitou-se a inconstitucionalidade do pretenso artigo tendo em vista a disposição constitucional das ações de mandado de segurança e habeas data sobre sua incidência na análise de atos de agentes do Poder Público.

É certo que não se pode conceber a aprovação de regras infra legais que afrontem a constituição federal, porém não é o que se aborda no presente veto. O dispositivo vetado de modo algum lesou qualquer norma constitucional, sendo que este objetivava a expansão de garantias constitucionais petrificadas no art. 5º da Constituição Federal.

O Direito – incluindo as garantias constitucionais – deve ser atualizado no transcorrer do tempo, evidentemente não para se restringir direitos, mas sim para ampliá-los em consonância com o avanço social.

No caso do reconhecimento do surgimento de novas relações jurídicas interpessoais a serem tuteladas pelo Ordenamento Jurídico, como é o caso da criação do Código de Defesa do Consumidor, por certo poderia haver ampliação do cabimento dos remédios constitucionais citados a fim de beneficiar o jurisdicionado.

Interessante ainda a justificativa de veto ao art. 89 do Código de Defesa do Consumidor<sup>21</sup>, o qual definia que seriam aplicadas as regras atinentes ao título “Da defesa do Consumidor em Juízo” à tutela outros direitos ou interesses transindividuais:

A extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar Código de Defesa do Consumidor.

Em suma sustentou-se o desvio dos objetivos daquele Código, bem como vedação ao art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual, em tese, impôs ao legislador a limitação da atividade criativa, a fim de se restringir à elaboração do Código Consumerista.

<sup>20</sup> LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

<sup>21</sup> Art. 89 As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente.

Ressalta-se que o veto entra em contradição com o art. 117 do Código<sup>22</sup>, o qual reciprocamente fez incluir na Lei da Ação Civil Pública regulamentação expressa no sentido de conferir maior harmonia ao microsistema de processos coletivos, sabidamente no art. 21 daquela legislação: Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Com tal alteração, o código de defesa do consumidor promoveu relevante alteração na Lei da Ação Civil Pública, alterando inclusive a estrutura anteriormente regulamentada.<sup>23</sup>

Por óbvio, não há como se sustentar restrição à atividade do Congresso tão somente à elaboração do Código, dado que é de sua essência a criação de leis, estando sua limitação de atuação contida nos arts. 44 e seguintes da Constituição Federal. Observa-se, pois, que o mandamento do art. 48 citado não pretendeu restringir a criação legislativa, mas sim objetivou minimamente a criação do código em apreço.

A previsão vetada pretendia, por outro lado, fortalecer o microsistema de processos coletivos face à inércia legislativa neste aspecto, conforme será abordado a seguir. De qualquer sorte, pode-se considerar que o próprio veto registrou a necessidade de regulamentação própria ao processo coletivo, especialmente ao mencionar, *in verbis*: “outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada”.

O art. 96 do código de defesa do consumidor estabelecia a ampla publicidade à sentença condenatória em proveito dos consumidores, com a publicação de um edital, sabidamente em função da possibilidade de execução específica e individual da sentença por parte dos consumidores titulares do direito violado. Ao que parece, a fim de especificar o meio de divulgação do documento, complementou o artigo apreciado que a publicação observaria as regras de competência descritas no art. 93.

É certo que mesmo com o veto ao art. 96, não fica o magistrado impedido de proceder à publicação do edital acerca da sentença condenatória sob o argumento de eventual lacuna legislativa, até porque o cumprimento de sentença é de interesse dos consumidores, não sendo possível o exercício de tal direito em um cenário de desconhecimento sobre seu cabimento.

A aplicação da essência do princípio da efetividade e da razoabilidade, então, suprem a omissão legislativa quanto ao dever de o poder judiciário levar ao saber dos consumidores que

<sup>22</sup> Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: “art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

<sup>23</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. Op. Cit. Página 39

não participaram do processo de conhecimento a notícia da existência de sentença exequível em favor destes.

Ainda assim, não é privado de críticas as razões do veto ao art. 96, fundamentando-se tão somente em aparente desconhecimento acerca da relação com o disposto no art. 93 daquele mesmo código: “O art. 93 não guarda pertinência com a matéria regulada nessa norma.”

Nota-se que o veto como proposto pode fazer com que consumidores que tenham direitos defendidos em ações coletivas deixem de lhes conferir efetividade pela falta de conhecimento acerca da sentença. Assim, em não havendo esforços por parte do magistrado de se fazer comunicar os interessados, o texto da sentença não passará tinta sobre o papel, culminando em verdadeiro presente aos praticantes de atos lesivos aos consumidores, o que, por certo, não era o objetivo do código de defesa do consumidor.

No mesmo sentido de serem defendidos interesses não dos consumidores, mas das partes responsáveis pelas lesões aos direitos consumeristas, que justamente são a razão para a necessidade constitucional de se criar um código nesta especificidade, o parágrafo único do art. 97 do código<sup>24</sup> restou vetado sob os seguintes argumentos: “Esse dispositivo dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (Art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (Art. 5º, LV).”

Suscitou-se a violação ao direito constitucional à ampla defesa dos executados em razão da possibilidade de os consumidos executarem sentença coletiva em comarca diversa daquela em que tramitou o processo de conhecimento.

Cumpra rememorar que não fosse pela sintetização dos litígios em tão somente uma demanda coletiva, haver-se-ia a necessidade da promoção de tutelas individualizadas dos direitos consumeristas, de modo que caberia ao autor de atos lesivos contra o consumidor responder judicialmente processos em tantos foros incertos quanto fosse o grau de abrangência da conduta reprovável. É dizer, quando se tratam de processos meramente individualista, haveria tanto o processo de conhecimento quanto o cumprimento de sua sentença no foro de domicílio do consumidor individualmente considerado.

<sup>24</sup> Parágrafo único - A liquidação de sentença, que será por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão-só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante.

Entretanto, quando se coletivam os litígios, por certo haverá a conglomeração de interesses em um único processo, a tramitar em uma única comarca. Por conseguinte, determinados processos individuais deixam de tramitar perante o foro mais benéfico ao consumidor, para facilitar a defesa em juízo pelo legitimado processual. Sabendo disso, a fim de não promover retrocessos ao consumidor em razão da defesa coletiva de seus interesses, houve a realocação da competência individual para se promover a execução da sentença que lhe beneficie, notadamente perante a comarca em que domicilie.

Não cabe, pois, a argumentação de que a norma vetada que versava sobre a defesa coletiva dos interesses dos consumidores encontrava óbice no art. 575 do código de processo civil de 1973; posto que enquanto a norma coletiva visava o reequilíbrio da relação jurídica processual individual após sucesso em processo coletivo, o artigo referenciado de nosso anterior código de processo civil, o qual irradiava efeitos sobre demandas essencialmente individualistas.

Pretendeu-se demonstrar, com base na apreciação mais específica acerca das razões de vetos apresentadas pelo ex-presidente que muitos dos dispositivos vetados, em verdade, promoveram um desfavor ao consumidor brasileiro em comparação ao texto apresentado ao congresso nacional. Pode-se inferir que tal atitude de lançar sobre o código de defesa do consumidor quantidade radicalmente elevada de vetos – mesmo quando se compatibilizava o argumento contrário com o Direito do Consumidor, e sobretudo com o ordenamento jurídico – tem sua gênese no início dos trabalhos para o projeto, o qual, aparentemente, não se engrenou pela necessidade de responder anseios da sociedade brasileira, mas sim a partir de uma norma mandamental criada pelo constituinte para orientar o congresso nacional.

O microsistema de processos coletivos funda-se essencialmente na aplicação concatenada dos restritos dispositivos orientadores da proteção dos interesses transindividuais constantes neste tripé legislativo apresentado, formado pela Lei da Ação Civil Pública, Constituição Federal, e Código de Defesa do Consumidor.

O cenário fértil que se produziu a partir da aprovação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e da Lei Orgânica do Ministério Público abriu espaço para a discussão de interesses que ultrapassam a esfera do indivíduo<sup>25</sup>, tendo como consequência ainda a elaboração de outros projetos de lei, auxiliando mais precisamente nas fundamentações pertinentes ao direito material especificamente tutelado, como é o caso da lei 7.853 de 1989, versando sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; da lei 7.913 de 1989, abarcando a possibilidade

<sup>25</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Op. Cit. Página 202.

do ajuizamento de ação civil pública para defesa dos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado; da lei 8.069 de 1990, revolucionando os direitos conferidos às crianças e aos adolescentes; da lei nº 8.429 de 1992 tratando da improbidade administrativa; da lei nº 8.625 e da Lei Complementar 70, ambas de 1993, relacionadas com a organização do Ministério Público dos Estados e da União respectivamente; da lei nº 8.884 de 1994, chamada de lei antitruste, visando resguardar a ordem econômica; da lei nº 10.257 de 2001, conhecida por Estatuto da Cidade; da lei nº 10.671 de 2003, dispendo sobre o Estatuto do torcedor; da lei nº 10.741, dispendo sobre o Estatuto do Idoso; da Lei 11.340 de 2006, popularizada como lei Maria da Penha, com notórias aplicações na esfera penal, mas que em seu art. 3726 trouxe regulamentação acerca da legitimidade para a tutela de interesses transindividuais; e da lei nº 12.288 de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial; abordando no art. 5527 a possibilidade de reparação de lesões com base na lei da ação civil pública.

Recentemente, observa-se a edição do Código de Processo Civil, partindo do Projeto de Lei nº 166 de 2010. Conforme resume o professor Hugo Nigro Mazzilli<sup>28</sup>, houve patente omissão sobre o regulamento do processo coletivo. Segundo o doutrinador, o código tem determinados dispositivos de tutela coletiva, e faz remissão a legislação esparsa sobre as demandas coletivas; mas não disciplinou o processo coletivo – citando a inexistência de um livro, um título, ou um capítulo sequer sobre o processo coletivo, mormente sobre a legitimação para agir, competência, intervenção de terceiros, coisa julgada, recursos, execução<sup>29</sup>.

Em justificativa ao silêncio legislativo do novo código de processo civil sobre a evidente realidade dos processos coletivos justifica Mazzilli<sup>30</sup>: “A comissão que elaborou o anteprojeto de que resultou o CPC de 2015 instalou-se em 30 de novembro de 2009. Entre suas primeiras deliberações, ficou já assentado que a tutela coletiva seria excluída do anteprojeto por dois motivos: primeiro, porque não seriam incluídos no anteprojeto os procedimentos previstos em leis especiais. Essa decisão, que já atingia em cheio a disciplina do processo coletivo, foi reforçada por um segundo motivo, que deve ser considerado à luz daquele momento: o Projeto

<sup>26</sup> Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

Parágrafo único. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.

<sup>27</sup> Art. 55. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985.

<sup>28</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Processo coletivo. Coordenador, Hermes Zaneti Jr. – Salvador: Juspodivm, 2016. Página 186.

<sup>29</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. Página 194.

<sup>30</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit. Página 201.

de Lei nº 5.139/2009, que pretendia dar nova disciplina à tutela coletiva, estava então tramitando no Congresso (foi somente na sessão de 17 de março de 2010 que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara arquivou esse projeto, alguns meses antes de a comissão do senado concluir o anteprojeto de CPC).”

Conforme explanado de forma ímpar pelo ex-integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo, a omissão acerca do processo coletivo não se deu por acaso, assim como não se trata de imprecisão partindo da gabaritada comissão de juristas responsáveis pela formulação técnica do projeto, mas sim de parte do jogo político de interesses dos membros do congresso.

As ações coletivas figuram, pois, como importante instrumento processual hábil à efetivação do Direito material. Dessa forma, em derradeiro, questiona-se a possibilidade de sua coexistência com outros meios processuais de apreciação judicial de interesses múltiplos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; assim como institutos do direito material que se prezam à defesa de interesses supra individuais, como os Danos Punitivos.

O recém-criado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se preza a evitar a repetição de processos com questionamentos idênticos quanto à matéria de direito apreciada, assim como, simultaneamente, houver risco à isonomia e segurança jurídica.<sup>31</sup>

O instituto, muito embora se some às ações coletivas na efetivação de princípios basilares do direito processual – isonomia e segurança jurídica – conforme já explanado, não exauri o campo de atuação do direito processual coletivo.

A um, veja-se que o Instituto de Resolução de Demanda Repetitivas incide tão somente em demandas que já estão em curso, deixando de abarcar situações fáticas que somente vêm ao conhecimento, como é o caso das demandas de pequeno valor, ou, ainda, na tutela dos direitos difusos e coletivos, os quais somente são tutelados coletivamente.

A dois, o incidente deixa de atender o princípio da economia processual em sua máxima efetividade, tendo em consideração que sua criação somente é possível após o ajuizamento de diversas demandas, isto é, não possuem o escopo de diminuir a quantidade de ações aforadas. Ora, nas ações coletivas, logicamente, o simples ajuizamento de uma demanda em caráter coletivo potencialmente diminui a possibilidade de ajuizamento de ações individuais, dado que eventuais litigantes já teriam seus anseios atendidos na tutela coletiva.

Quanto aos danos punitivos, em que pese possuírem um viés intrinsecamente coletivo, com o intuito de vedar novas lesões a direitos através de uma sanção ao agente lesionador, é

<sup>31</sup> Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

fato que não possuem o poder de substituição das ações coletivas. Com eventual sucesso da aplicação dos danos punitivos, poderá ser constatada diminuição nas lides acerca do tema, porém, além dos insucessos, deixarão de atender os sujeitos lesados anteriormente à aplicação da penalização imposta.

Assim, não se pretendendo exaurir o tema, entende-se que as ações coletivas possuem grandes possibilidades de sobrevivência futura, especialmente em função da capacidade de dar atenção ao Direito material. Para tanto, é necessário envolvimento dos entes responsáveis pelo engrandecimento do instituto, especialmente no que tange à construção legislativa para sustentar o processo coletivo, que atualmente se agarra em um microsistema constituído por leis esparsas.

## ACORDO DE LENIÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO APLICADO AO CASO ODEBRECHT

*Damaris Mendonça\**

*Livia Ferruzzi Possari\*\**

*Prof. Orientador José Sérgio da Silva Cristóvam\*\*\**

**Palavras-chave:** direito administrativo; corrupção; acordo de leniência; Odebrecht.

**Resumo:** O presente artigo aborda o esquema de corrupção que envolve a empresa Odebrecht nas operações Lava Jato, com o objetivo de conceituar e fazer uma análise crítica ao instituto jurídico do Acordo de Leniência utilizando o método estudo de caso. Tal instituto é uma espécie de acordo colaborativo, originado nos Estados Unidos, em que a pessoa jurídica envolvida na prática ilícita colabora com a autoridade competente que celebrará o acordo, confessando sua participação na infração e delatando demais envolvidos, almejando a redução de sua pena e outros benefícios. Através do estudo de caso, delineando as objeções e as posições favoráveis acerca do instituto, o artigo tem por escopo avaliar se a celebração de acordos de leniência é uma forma eficaz de combate à prática de corrupção.

**Keywords:** administrative law; corruption; leniency program; Odebrecht.

**Abstract:** This article deals with the corruption scheme involving the Odebrecht company in Lava Jato operations, with the purpose of conceptualizing and critically examining the Leniency Program through the method study of case. The institute is a kind of collaborative agreement, originating in the United States, in which a company involved in an illegal practice collaborates with the competent authority, confessing its participation in the infraction, betraying others companies that were also involved, aiming at reducing its penalty and receive other benefits. Through the article, objections and favorable positions about the institute will be shown. As a

---

\* Acadêmica da 8ª fase do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC). E-mail: daamaris.m@gmail.com. Telefone: (48) 99821-4601.

\*\* Acadêmica da 8ª fase do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC). E-mail: liviafpossari@gmail.com. Telefone (47) 99684-8115.

\*\*\* Professor Orientador. Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Estadual da OAB/SC. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão da Moralidade Pública da OAB/SC. E-mail: jscristovam@gmail.com.

matter of fact, the article aims to assess if the Leniency Program is an effective way to combat corruption.

## 1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da fonte utilizada para coletar informações sobre o caso concreto que será abordado ao longo do artigo.

Embora se tenha tentado escrever o presente estudo com base no Acordo de Leniência assinado pela empresa Odebrecht com o Ministério Público Federal (MPF) em sua forma original, não se pode acessar tal fonte primária, tendo em vista que o acordo, homologado pelo Juiz Federal Sérgio Moro da 13ª Vara Federal, da Comarca de Curitiba/PR, está sob sigilo.

Dessa forma, a exposição dos fatos que envolvem o esquema de corrupção elucidado e o acordo celebrado será baseada em uma pesquisa, o mais abrangente possível, do que está tornado público através de sites informativos e artigos de opinião populares entre os brasileiros.

Feita essa ressalva, o presente artigo, através do método estudo de caso, tem por objetivo analisar de forma crítica o Acordo de Leniência aplicado ao caso concreto que envolve a empresa Odebrecht, problematizando o instituto e a sua utilização frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Originado nos Estados Unidos, na década de 70, o instituto jurídico surgiu diante da necessidade de se obter instrumentos capazes de alterar o cenário de corrupção na economia do país norteamericano.

Após passar por reformas e ganhar popularidade, o instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, no ano de 2000. Atualmente, a possibilidade de celebrar Acordos de Leniência está prevista na Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), no que tange às infrações contra a ordem econômica, bem como na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), referente a atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No decorrer do artigo, será demonstrado que o Acordo de Leniência aplicado ao caso Odebrecht é o proveniente da Lei Anticorrupção e, diante disso, apontamentos sobre o referido diploma legal serão realizados.

Ainda, observa-se que o caso concreto abordado envolve o instrumento do *compliance* e a delação premiada, os quais serão conceituados e analisados.

Por fim, será feita uma análise crítica sobre o caso concreto, apresentando objeções e posições favoráveis acerca do acordo celebrado, de modo que se conclua se o instituto é

vantajoso ou não para a empresa leniente, bem como se é realmente uma ferramenta eficaz no combate à corrupção, temática tão atual e debatida nos dias de hoje.

## 2 EMPRESA ODEBRECHT E O ESQUEMA DE CORRUPÇÃO

A Odebrecht é um grupo global, de origem brasileira, presente no Brasil e em mais 24 países, com negócios diversificados e estrutura descentralizada, atuando nos setores de engenharia e construção, indústria, imobiliário e no desenvolvimento e operação de projetos de infraestrutura e energia.<sup>2</sup>

Em 1º de dezembro de 2016, a Odebrecht e a Braskem, uma de suas subsidiárias, assinaram Acordo de Leniência com o Ministério Público Federal do Brasil, bem como com a justiça americana e suíça, admitindo um esquema de corrupção que envolvia o pagamento de mais de 10 bilhões de reais em propina a funcionários, partidos políticos e representantes de governo de 12 países, incluindo o Brasil. O objetivo da empresa era receber vantagens em obras e licitações nos países mencionados.<sup>3</sup>

O esquema de corrupção funcionava da seguinte maneira: para gerenciar os pagamentos de propina, a Odebrecht utilizava empresas fantasma e contas bancárias no exterior. Segundo relatos, o esquema era tão organizado que a empresa chegou a criar um departamento exclusivo para gerenciar o pagamento de propina, que tinha o nome de “Divisão de Operações Estruturadas”.<sup>4</sup>

Na proposta de celebração do acordo, a empresa se comprometeu, além da divulgação de informações, a implementar programas de *compliance* para prevenir a realização de práticas similares no futuro, bem como realizar a demissão de 51 funcionários envolvidos no ilícito, afastando também outros 26 cargos de chefia, os quais passarão por cursos que envolvem ética e o combate à corrupção, entre outras medidas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> EMPRESA ODEBRECHT (Ed.). Sobre a Odebrecht. 2017. Disponível em:

<<http://www.odebrecht.com/pt-br/sobre-a-odebrecht/sobre-a-odebrecht>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

<sup>3</sup> G1. Setor de propinas da Odebrecht movimentou US\$ 3,3 bilhões de 2006 a 2014, diz delator. 2017. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/setor-de-propinas-da-odebrecht-movimentou-us-33-bilhoes-de-2006-a-2014-diz-delator.ghtml>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

<sup>4</sup> TERRA. Odebrecht: Entenda o maior caso de suborno da história. 2016. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/odebrecht-entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-historia,2ad4c9f40bf9d93e1b2fba08935c112cokpqtq92.html>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

<sup>5</sup> O GLOBO. EUA determinam multa recorde a Odebrecht por corrupção. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/eua-determinam-multa-recorde-odebrecht-por-corrupcao-21219616>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

No dia 22 de maio de 2017, o Juiz Federal Sérgio Moro, responsável pelos processos da Operação Lava Jato, homologou tal proposta de acordo. Como recompensa, a multa aplicada à empresa foi reduzida, mas mesmo assim alcançou mais de 3,82 bilhões de reais às autoridades dos três países envolvidos, valor que será pago ao longo de 23 anos. Segundo Sérgio Moro, a parte do Brasil será destinada ao ressarcimento dos danos decorrentes dos crimes para compensar as entidades públicas lesadas.<sup>6</sup>

Moro também afirmou, na decisão homologatória, que:

Não há qualquer vergonha na nova postura adotada pelo Grupo Odebrecht de, a partir da celebração do acordo de leniência, reconhecer a sua responsabilidade pelos ilícitos praticados, de revelá-los e providenciar provas, de comprometer-se a ressarcir os danos, e, mais importante, de assumir o compromisso de mudar a sua política corporativa.<sup>7</sup>

Uma vez apresentado o caso concreto, passa-se à análise do instituto do Acordo de Leniência.

### 3 ACORDO DE LENIÊNCIA: DA ORIGEM HISTÓRICA NORTEAMERICANA À INSERÇÃO DO INSTITUTO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Acordo de Leniência surgiu nos Estados Unidos, na década de 70, com o intuito de reprimir atos anticompetitivos de mercado, sobretudo a formação de cartéis. A necessidade de criar o instituto veio da extrema dificuldade de identificar os integrantes de tais grupos, bem como de comprovar a ilicitude de suas práticas.<sup>8</sup>

O significado literal da palavra “leniência” é “brandura” e, dessa forma, o Acordo de Leniência vem para garantir a “suavização” da punibilidade do infrator que participou de alguma atividade ilícita, desde que ele concorde em cumprir com uma série de requisitos, ajudando na investigação do ato relatado.

À época, o instituto não obteve grande sucesso: até 1993, a média de acordos realizados nos Estados Unidos era de apenas um por ano. Isso ocorria devido à grande insegurança jurídica que permeava o instituto, já que ele não possuía bases e diretrizes muito

<sup>6</sup> GIMENES, Erik; VIANNA, José. Sérgio Moro homologa acordo de leniência da Odebrecht na Operação Lava Jato. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/sergio-moro-homologa-acordo-de-leniencia-da-odebrecht-na-operacao-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>7</sup> VIEIRA, André Guilherme. Acordo de leniência da Odebrecht é validado. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4977132/acordo-de-leniencia-da-odebrecht-e-validado>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

<sup>8</sup> SALOMI, Maíra Beauchamp. O acordo de leniência e seus reflexos penais. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 138.

bem delineadas. Entretanto, após sofrer uma reestruturação em 1993, o número de Acordos de Leniência celebrados aumentou para mais de um por mês, ganhando cada vez mais popularidade.<sup>9</sup>

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 936):

O Acordo de Leniência tem por objetivo permitir ao infrator, por meio de acordo com o Poder Público, colaborar na investigação de ilícitos administrativos ou penais, favorecendo, a um tempo, o interesse público na investigação das infrações e responsabilização dos infratores, e o interesse do próprio infrator na obtenção da extinção da punibilidade ou redução da pena aplicável.

A inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em 2000, sendo que o primeiro Acordo de Leniência do país foi assinado em 2003. A evolução do instituto na legislação brasileira, conforme bem ressaltado por Di Pietro (2014, p. 935), ocorreu da seguinte forma:

O acordo de leniência não constitui novidade no direito brasileiro, em relação à responsabilização administrativa. Ele estava previsto no artigo 35-B da Lei nº 8.884, de 11-6-94 (que dispõe sobre prevenção e repressão de infrações à ordem econômica), acrescentando pela Lei nº 10.149/00, consistindo na possibilidade de acordo entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, representando a União, e a pessoa física ou jurídica envolvida na prática da infração à ordem econômica, que confessar o ilícito e apresentar provas suficientes para a condenação dos envolvidos na suposta infração. Em contrapartida, era assegurada ao agente a extinção da ação punitiva pela Administração Pública ou a redução de 1/3 a 2/3 da pena. (...) Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.529, de 30-11-11, que, entre outras medidas, define as infrações à ordem econômica. No artigo 86, é previsto acordo de leniência a ser celebrado entre o CADE e a pessoa física ou jurídica acusada de infração à ordem econômica, desde que colaborem com as investigações.

Atualmente, a possibilidade de celebração de Acordos de Leniência está prevista na Lei nº 12.529/2011 (conhecida como Lei Antitruste) no que tange às infrações contra a ordem econômica, e também na Lei nº 12.846/2013 (chamada de Lei Anticorrupção), referente a atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

### 4 LEI ANTITRUSTE X LEI ANTICORRUPÇÃO: QUAL DIPLOMA LEGAL SE APLICA AO CASO CONCRETO?

No momento em que se analisa ambos os diplomas legais, percebe-se que as duas leis são muito semelhantes que tange ao Acordo de Leniência.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 139.

Em primeiro lugar, porque os benefícios e reduções de penalidades decorrentes do acordo em ambas as legislações só serão concedidos se a autoridade participante conseguir obter a identificação dos demais envolvidos na infração, bem como informações e documentos que comprovem o ilícito que está em investigação.

Além disso, para participar do Acordo de Leniência (seja o previsto pela Lei Antitruste, ou o disposto na Lei Anticorrupção), o beneficiário é obrigado a cumprir com os seguintes requisitos: ser o primeiro a se manifestar em querer cooperar na investigação; cessar completamente o seu envolvimento na infração noticiada; confessar sua participação no ilícito e cooperar de maneira plena; e, por fim, o infrator só pode participar do acordo se, no momento da sua propositura, a autoridade não tiver todas as provas suficientes para condená-lo.

Com relação ao primeiro requisito, é interessante destacar que só se celebra um acordo de leniência por infração denunciada e, dessa forma, as empresas estão em uma verdadeira corrida entre si para reportar a conduta ilícita e receber os benefícios do acordo. De acordo com a Lei Antitruste, as demais empresas poderão celebrar um Termo de Compromisso de Cessação e, a depender da ordem cronológica em que se manifestarem, terão maiores ou menores descontos na multa esperada em uma possível condenação.

Por fim, em caso de descumprimento do Acordo de Leniência, seja pela Lei Antitruste, seja pela Lei Anticorrupção, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos.

Porém, é importante destacar as diferenças do instituto nessas duas leis. Na Lei Antitruste, o acordo será celebrado entre o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e pessoas jurídicas ou físicas que infringirem a ordem econômica (como a prática de cartéis, por exemplo).

Já na Lei Anticorrupção, o acordo será celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e apenas pessoas jurídicas que cometeram atos contra a administração pública (como, por exemplo, fraudar uma licitação pública).

No caso Odebrecht, a empresa realizou o pagamento de propinas para entidades e representantes do governo, de modo a obter vantagens ilícitas principalmente em processos de licitação. Logo, a empresa cometeu atos contra a administração pública e, dessa forma, resta claro que o Acordo de Leniência celebrado diz respeito à Lei Anticorrupção, diploma legal que será abordado e analisado a seguir.

## 5 LEI ANTICORRUPÇÃO: APONTAMENTOS E ANÁLISE CRÍTICA

Em 1º de agosto de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.846, também chamada de Lei Anticorrupção, conforme já citado. À época de sua vigência, questionou-se o referido diploma legal, diante da incerteza de que a nova lei realmente traria reais inovações ao ordenamento jurídico brasileiro e funcionaria como um efetivo instrumento de combate à corrupção.

Isso porque, antes do advento da Lei nº 12.846, diversas outras normas legais já previam infrações, atos e crimes contra a Administração Pública. Para exemplificar, pode-se citar a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), além do próprio Código Penal.

Porém, tais diplomas legais abrangem em sua maioria apenas a punição das pessoas físicas infratoras. E, mesmo com uma vasta gama de normas acerca do tema, a corrupção esteve a cada dia mais presente no cenário da Administração Pública, o que incentivou a descrença do país nos institutos legais.

O que trouxe de novidade, então, a Lei Anticorrupção? De acordo com Di Pietro (2014, p. 928), tal lei amplia a responsabilização a atos corruptos nas esferas administrativa e civil, uma vez que o legislador, ao editá-la, disciplinou especificamente os ilícitos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Além disso, conforme bem ressaltado pela autora:

Ela também traz um avanço em relação à legislação anterior, uma vez que prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, ou seja, a responsabilidade que incide independentemente de culpa ou dolo. Apenas os dirigentes ou administradores respondem subjetivamente, mediante demonstração de sua culpabilidade. (DI PIETRO, 2014, p. 929)

A referida responsabilização pode se dar na esfera administrativa, momento em que a Administração Pública irá realizar a apuração do ilícito, aplicando sanções administrativas.

De acordo com Fábio Medina Osório (2015, p. 106), sanção administrativa pode ser definida como “um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro”, o qual é imposto ao infrator como “consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.”

E, além disso, a responsabilização também pode ocorrer na esfera judicial, com a aplicação do art. 19 da Lei Anticorrupção, apurando-se os ilícitos de modo a se impor sanções civis aos infratores.

Porém, talvez a maior aposta acerca da lei e seus instrumentos de combate à corrupção seja a possibilidade de celebração de Acordos de Leniência entre pessoas jurídicas infratoras e entidades públicas.

Sobre o Acordo de Leniência previsto na lei, discorre Carvalho Filho (2016, p. 231/232):

Esse ajuste resulta da colaboração da infratora visando, cumulativamente, à identificação de outros envolvidos e à obtenção célere de informações e documentos de comprovação do ilícito (art. 16, I e II). Firmado o acordo, fica isenta a pessoa infratora das sanções de publicação da decisão e de proibição de receber incentivos públicos, além de provocar a redução, em até dois terços, do valor da multa aplicável (art. 16, § 2º).

Quanto à multa aplicada administrativamente, a mesma é sempre destinada à pessoa jurídica lesada com o ato ilícito. No caso Odebrecht, o *quantum* sancionatório será destinado não só ao Brasil, mas à Suíça e aos Estados Unidos, países que também tiveram seus cofres públicos lesados e, conforme já mencionado, também celebraram acordos colaborativos com a empresa.

De fato, é possível dizer que a Lei Anticorrupção veio como instrumento de luta à corrupção, considerada um avanço no tocante à punição de pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública. Porém, neste panorama, pergunta-se: será a celebração de Acordos de Leniência a ferramenta mais eficaz no combate a atos corruptos? Tal questionamento é o que se busca discutir no presente estudo de caso.

## 6 INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE* PELA EMPRESA ODEBRECHT

O programa de *compliance* é uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas dentro de empresas. O instituto compreende a implementação de regulamentos internos, com a aplicação de boas práticas dentro e fora da empresa, capazes de aperfeiçoar o ambiente de negócios no nosso país, com o objetivo de trazer transparência e prevenir novas práticas ilícitas e corruptas.

Apesar de não haver obrigatoriedade de a empresa já ter instituído a política de *compliance* antes da celebração do acordo, existe na Lei Anticorrupção um incentivo para sua implementação, o que é muito positivo quando se trata de combate à corrupção. Isso porque, o inciso VIII do art. 7º da referida lei prevê que a existência do programa de *compliance* na empresa infratora será considerada atenuante das penalidades a ela aplicadas.

Diante disso, em uma celebração de Acordo de Leniência, além da revelação dos fatos (que é seu objetivo central), muitas empresas têm interesse em aplicar o *compliance*, o que

permite a sua preservação e a continuidade de suas atividades, inclusive para gerar valores necessários à reparação dos ilícitos.

É justamente o que ocorreu no caso Odebrecht: ao celebrar o acordo, além de fornecer informações acerca da infração cometida, a empreiteira se comprometeu a implementar o *compliance*, executando programas internos com ações, medidas e iniciativas adicionais de ética, integridade e transparência na empresa, de modo a evitar a realização de condutas corruptas no futuro.

Segundo nota divulgada pela própria empresa:

Conforme já declarado anteriormente, a Odebrecht se arrepende profundamente da sua participação nas condutas que levaram a este acordo e pede desculpas por violar os seus próprios princípios de honestidade e ética. A empresa reafirma que permanecerá cooperando com as autoridades e adotará as medidas adequadas e necessárias para continuamente aprimorar seu compromisso com práticas empresariais éticas e de promoção da transparência em todas as suas ações. Dentre as iniciativas adotadas pela empresa para avançar positiva e produtivamente nesta direção está a implementação de amplas reformas da área de conformidade, que incluem um aumento substancial na equipe e orçamento da área. A Odebrecht concordou ainda em submeter-se a um monitor externo e independente por um período de até três anos, durante o qual a Odebrecht seguirá aprimorando o seu sistema de conformidade, nos termos mínimos assumidos nos acordos, além de aprofundar as amplas medidas de remediação já adotadas pela Odebrecht e reconhecidas pelas autoridades signatárias.<sup>10</sup>

De acordo com informações obtidas do site do Ministério Público Federal - entidade pública que celebrou o acordo com a Odebrecht -, a empresa, além de implementar o programa de *compliance*, ainda concordou em se sujeitar a um monitoramento realizado por profissionais especializados, às custas da empresa e sob supervisão do MPF pelo prazo de dois anos. Tal medida é inédita no Brasil, nunca tendo sido firmada em Acordos de Leniência no país.<sup>11</sup>

## 7 ACORDO DE LENIÊNCIA E A DELAÇÃO PREMIADA

É importante destacar que a celebração do Acordo de Leniência não impede que as pessoas físicas, membros da empresa infratora, respondam penalmente pelos crimes cometidos. No caso Odebrecht, além do acordo da Lei Anticorrupção celebrado pela pessoa jurídica (no

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Mariana et al. Odebrecht e Braskem assinam acordos de leniência com EUA e Suíça. 2016. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/odebrecht-e-braskem-fecham-acordo-com-suica.ghtml>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

<sup>11</sup> MPF. MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

processo administrativo), diversas delações premiadas ocorreram no viés judicial, em que pessoas físicas colaboraram com o Ministério Público no processo criminal.

Como exemplo, podemos citar a delação premiada feita por Marcelo Odebrecht, ex-presidente da empresa, que revelou como operava o setor de propinas do grupo que presidiu. Em extensos relatos, “o mais poderoso empreiteiro do país escancarou negociatas, tráfico de influência, fraude em licitações bilionárias, conluio e a corrupção que atingiu as mais altas instâncias do poder público”. (MACEDO, 2017)

É possível observar que o instituto jurídico do Acordo de Leniência se assemelha muito ao da Delação Premiada. Todavia, esse último, segundo Alexandre Morais da Rosa (2016), é o mecanismo em que o Estado estabelece um “mercado judicial”, pelo qual o colaborador, assistido por advogado, negocia com o Ministério Público fornecendo informações capazes de autoincriminar o delator e carrear elemento probatórios contra terceiros. Como prêmio, o Estado reduz ou até mesmo libera a pena do colaboradores.

Já para Fernando Capez (2016), delação ou chamamento corréu é a atribuição da prática do delito a um terceiro, feita pelo acusado, em seu interrogatório, pressupondo que o delator também confesse a sua participação, o que equivale à prova testemunhal.

Por fim, cumpre esclarecer que no nosso ordenamento jurídico “não há uma lei só que trate das hipóteses de Delação Premiada” (MARCÃO, 2016, p. 498). Dessa forma, podemos encontrar a Delação Premiada nos seguintes dispositivos:

Art. 25, §2º da Lei nº 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco); art. 159, §4º, do Código Penal; art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 (Lei do Crimes Contra a Ordem Tributária); art. 8º, da Lei nº 8.072/90 (Lei do Crimes Hediondos); Lei nº 11.43/06 (Lei de Drogas); Lei nº 9.613/98 (Lei da Lavagem de Dinheiro); Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção a vítimas e testemunhas); Lei nº 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado) revogada pela Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 que prevê minuciosamente a delação premiada, com requisitos, benefícios e direitos do colaborador.<sup>12</sup>

Conclui-se que, apesar das semelhanças e de ambos os acordos serem da mesma espécie - colaborativa -, os dois institutos apresentam grandes diferenças, uma vez que são aplicados para pessoas diferentes, em esferas diferentes, bem como possuem previsão no ordenamento jurídico em leis totalmente diferentes. Reitera-se que, como já apontado, a Delação Premiada e o Acordo de Leniência foram celebrados simultaneamente no caso da Empresa Odebrecht, observando sempre as particularidades de cada instituto

<sup>12</sup> NOGUEIRA, Thays Rodrigues. A delação premiada na legislação brasileira. 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9691/A-delaçao-premiada-na-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

## 8 ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO

### 8.1 OBJEÇÕES ACERCA DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Ainda que os Acordos de Leniência sejam considerados, por alguns, um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, existem também fortes argumentos contrários à aplicação do instituto.

De maneira geral, é possível dizer que a forma com que o acordo está previsto na legislação brasileira causa certa insegurança jurídica às empresas que o celebram - o que pode ser observado também no caso concreto que envolve a Odebrecht.

Isso porque, em primeiro lugar, há duas leis diferentes (Lei Antitruste e Lei Anticorrupção) que preveem a possibilidade de se celebrar o acordo. Todavia, cada lei possui regras e aplicações próprias para o instituto, o que, à primeira vista, pode gerar certa confusão, pois não se sabe qual norma se aplica ao caso concreto, resultando em uma insegurança à empresa acordante.

Além disso, a celebração do acordo, no âmbito do processo administrativo, pode não afastar a aplicação das sanções por outros órgão e entidades públicas. Sobre esse ponto, Caio Farah Rodriguez, um dos advogados da Odebrecht, afirmou em entrevista ao jornal Valor Econômico que a empresa acordante está sujeita a uma “deslealdade governamental”, pois os demais órgãos públicos que não celebraram o acordo podem não endossar os benefícios concedidos, fazendo com que a empresa seja penalizada mais de uma vez.

Isso se dá devido a autonomia que cada órgão possui, uma vez que, mesmo celebrando o acordo com MPF, a empresa não está isenta, por exemplo, de ser responsabilizada pela ação de improbidade administrativa da AGU, pelas sanções da CGU ou pelas penalidades do Código Penal.<sup>13</sup>

Talvez a solução prática para tal confusão seja a celebração de um único acordo de leniência entre o interessado e todas as autoridades estatais envolvidas.<sup>14</sup> Nesse mesmo sentido, Grace Mendonça, ministra-chefe da Advocacia Geral da União, afirma que só uma atuação

<sup>13</sup> REFERÊNCIA: EQUILIBRE ANÁLISES. Odebrecht teme ‘deslealdade governamental’ na leniência é a manchete do Valor. 2017. Disponível em: <<http://equilibreanalises.com.br/noticias/2017/03/13/odebrecht-teme-deslealdade-governamental-na-leniencia-e-a-manchete-do-valor>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Rafael. Acordos de leniência, assimetria normativa e insegurança jurídica. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/acordos-de-leniencia-assimetria-normativa-e-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

conjunta entre MPP, Tribunal de Contas da União (TCU), AGU e o Ministério da Transparência na celebração de um Acordo de Leniência poderia assegurar segurança jurídica à empresa acordante.<sup>15</sup> Porém, tal prática certamente apresentaria dificuldades operacionais, em razão da autonomia e diversidade dos respectivos órgãos e entidades públicas.

No que se refere aos benefícios dados às empresas colaboradoras nos acordos, também há críticas a se fazer, conforme se segue.

De acordo com o art. 22 da Lei Anticorrupção, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) deve dar publicidade a todas as sanções aplicadas a empresas que foram condenadas por infrações contra a administração pública, de modo que toda a população tenha acesso às informações. De acordo com Di Pietro (2014, p. 933), “o grande objetivo é, a toda evidência, o de dar a maior publicidade à punição, tornando de todos conhecida a infração e respectiva sanção”.

Porém, ao celebrar um Acordo de Leniência, a empresa infratora recebe o benefício de ficar isenta da cominação prevista no inciso II do art. 6º da mesma lei, qual seja, a publicação extraordinária da decisão condenatória. Sobre o assunto, extrai-se da doutrina:

De acordo com o § 5º do artigo 22, os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídas depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora. (DI PIETRO, 2014, p. 939)

Ocorre que, com a grande influência dos meios de comunicação e o verdadeiro espetáculo midiático que permeia o cotidiano, todos acabam tendo conhecimento da celebração do acordo e, conseqüentemente, do envolvimento da empresa celebrante em infrações, de modo que o benefício previsto no §2º do art. 16 da Lei Anticorrupção acaba perdendo a serventia.

Tal contexto pode ser efetivamente observado no caso Odebrecht, frente à grande repercussão midiática que o envolve diariamente. Dessa forma, mesmo que a empresa não tenha registrada a sua condenação no CNEP, o seu envolvimento com o esquema de corrupção é de conhecimento de toda a população brasileira, não podendo se atribuir tanta importância ao benefício do §2º do art. 16.

Ainda no campo das objeções acerca da aplicação do instituto, é possível dizer que a celebração do Acordo de Leniência fere alguns princípios assegurados pela Constituição Federal, como o do contraditório e o da ampla defesa.

<sup>15</sup> VALOR ECONÔMICO. Acordo de Leniência com um só órgão traz insegurança jurídica. 2017. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-economico/20170307/281818578624761/textview>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

Isso porque “toda decisão administrativa apta a afetar interesses de um sujeito determinado deve ser produzida mediante a observância de um processo administrativo norteado pelo contraditório e pela ampla defesa” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 361).

E, ainda, “a constituição assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (NOVELINO, 2014, p. 566/567)

Porém, no momento em que o acordo é celebrado, a empresa participante deverá acusar os demais integrantes da infração, os quais não estarão presentes. Diante disso, resta impossibilitada a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa por parte dos acusados.

Por fim, a empresa que deseja celebrar Acordo de Leniência deve confessar sua participação no ilícito. Tal requisito pode ser visto como uma violação à garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo e se autoincriminar.

O inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal declara que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. Desse princípio constitucional deriva outra importante garantia: o direito de não produzir provas contra si mesmo, o que encontra respaldo também na Convenção de Direitos Humanos de 1969. (CUNHA JUNIOR, 2016)

Segundo Dyrlei da Cunha Júnior (2016, p. 637):

O STF já decidiu a respeito, entendendo que “o privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por esta razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável” (HC 83.096, rel min Ellen Gracie, julgamento em 18-11-03)

Conclui-se, então, que a autoincriminação pode ser considerada inconstitucional, uma vez que desrespeitaria o art. 5º da Constituição Federal.

## 8.2 POSIÇÕES FAVORÁVEIS AO INSTITUTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Apesar de tantas críticas, é possível dizer que o instituto do Acordo de Leniência também é visto de maneira muito positiva. O argumento de inconstitucionalidade do instituto pode ser rebatido, por exemplo, pelo fato de que nenhuma empresa é obrigada ou forçada a celebrá-lo, de modo que é de sua livre e espontânea iniciativa participar do programa.

Além disso, o instituto da leniência é um meio de incentivo às empresas que acabaram praticando atos corruptos a passar por reformas internas e externas, para que não voltem a

cometer práticas ilícitas. Isso porque, ao celebrarem Acordos de Leniência, as empresas infratores assumem o compromisso de iniciar uma nova cultura de negócios entre o setor privado e o setor público, de modo que fique mais protegida contra atos de corrupção.

De acordo com o Procurador Paulo Galvão, no acordo celebrado pela Odebrecht a empreiteira assumiu compromissos com o MPF e, diante do protagonismo da empresa leniente, está havendo uma verdadeira ação de renovação das práticas no âmbito dos negócios.<sup>16</sup>

E, ainda, celebrar um Acordo de Leniência não acaba apenas com a corrupção que ocorreu naquele caso concreto. Na verdade, com todas essas reformas, o instituto trilha um caminho no combate a atos corruptos, já que os efeitos das mudanças sofridas pela empresa perdurarão por muitos anos. Dessa forma, quanto mais acordos celebrados, mais chances temos de caminhar para um país livre de corrupção.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo, indagou-se acerca da eficácia da celebração de Acordos de Leniência no combate a práticas de corrupção, utilizando o caso concreto que envolve a empresa Odebrecht.

Conquanto diversas objeções tenham sido apresentadas, é preciso que se admita que o instituto é essencial para a expansão e o melhor desenvolvimento das diligências acerca de esquemas de corrupção, multiplicando as dimensões das investigações diante das informações dadas pela empresa leniente.

Ainda, com os acordos colaborativos, as empresas infratoras têm a possibilidade de se readaptar internamente, primando por uma política mais transparente no combate a atos corruptos, além da obrigação de ressarcir os imensos prejuízos causados aos cofres públicos.

Porém, observa-se que ainda existem lacunas na lei acerca do tema, as quais devem ser sanadas. Sendo assim, deve haver uma mudança no entendimento do legislador, de modo a fortalecer os sistemas de *compliance*, bem como de responsabilização criminal de pessoas jurídicas por crimes de corrupção, o que ainda é precário no nosso ordenamento.<sup>17</sup> De uma forma ou de outra, é preciso admitir que a legislação deve ser aperfeiçoada e sistematizada, a

<sup>16</sup> MPF. MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 09 jun. 2017.

<sup>17</sup> MPF. MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>. Acesso em: 09 jun. 2017.

fim de evitar que a assimetria normativa e a insegurança jurídica frustrem o objetivo do instituto.

Por conseguinte, reformas se mostram necessárias para que o instituto do Acordo de Leniência ganhe cada vez mais notoriedade e popularidade entre os brasileiros, atingindo uma maior segurança jurídica às partes acordantes, sendo utilizado não como mais um instrumento de realização de atos corruptos, e sim como uma forma efetiva de combate à corrupção.

## 10 REFERÊNCIAS

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 292.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador/ba: Jus Podivm, 2016.

MACEDO, Fausto. **Assista à delação premiada de Marcelo Odebrecht**. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/assista-a-delacao-premiada-de-marcelo-odebrecht/>. Acesso em: 12 abr. 2017.

NOGUEIRA, Thays Rodrigues. **A delação premiada na legislação brasileira**. 2016. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9691/A-delacao-premiada-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 05 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

EMPRESA ODEBRECHT (Ed.). **Sobre a Odebrecht**. 2017. Disponível em: <<http://www.odebrecht.com/pt-br/sobre-a-odebrecht/sobre-a-odebrecht>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

G1. **Setor de propinas da Odebrecht movimentou US\$ 3,3 bilhões de 2006 a 2014, diz delator**. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/setor-de-propinas-da-odebrecht-movimentou-us-33-bilhoes-de-2006-a-2014-diz-delator.ghtml>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

TERRA. **Odebrecht: Entenda o maior caso de suborno da história**. 2016. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/odebrecht-entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-historia,2ad4c9f40bf9d93e1b2fba08935c112cokpstq92.html>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

OLIVEIRA, Mariana et al. **Odebrecht e Braskem assinam acordos de leniência com EUA e Suíça**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/odebrecht-e-braskem-fecham-acordo-com-suica.ghtml>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

O GLOBO. **EUA determinam multa recorde a Odebrecht por corrupção**. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/eua-determinam-multa-recorde-odebrecht-por-corrupcao-21219616>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

OLIVEIRA, Rafael. **Acordos de leniência, assimetria normativa e insegurança jurídica**. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/acordos-de-leniencia-assimetria-normativa-e-inseguranca-juridica>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

MPF. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem**. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

REFERÊNCIA: EQUILIBRE ANÁLISES. **Odebrecht teme ‘deslealdade governamental’ na leniência é a manchete do Valor**. 2017. Disponível em: <<http://equilibreanalises.com.br/noticias/2017/03/13/odebrecht-teme-deslealdade-governamental-na-leniencia-e-a-manchete-do-valor>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GIMENES, Erik; VIANNA, José. **Sérgio Moro homologa acordo de leniência da Odebrecht na Operação Lava Jato**. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/sergio-moro-homologa-acordo-de-leniencia-da-odebrecht-na-operacao-lava-jato.ghtml>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

VIEIRA, André Guilherme. **Acordo de leniência da Odebrecht é validado**. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4977132/acordo-de-leniencia-da-odebrecht-e-validado>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

VALOR ECONÔMICO. **Acordo de Leniência com um só órgão traz insegurança jurídica**. 2017. Disponível em: <<https://www.pressreader.com/brazil/valor-economico/20170307/281818578624761/textview>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

## ANTICORRUPÇÃO E *COMPLIANCE*: A RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA O INTERESSE PÚBLICO

Tainá Fernanda Pedrini\*  
Alexandre dos Santos Priess\*\*

**Palavras-chave:** Lei anticorrupção; *Compliance*; Corrupção.

**Resumo:** Objetiva-se analisar a Lei Anticorrupção como mecanismo específico para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas de direito privado que se relacionam com a *res publica* ante os casos considerados corruptivos dispostos taxativamente na legislação pátria. Nesse sentido, primeiramente aborda-se os aspectos gerais da Lei 12.846/13 a fim de explanar a forma de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas e os atos que por elas praticados podem ser configurados como lesivos à Administração Pública. Levanta-se ainda as sanções previstas para os casos subsumidos na Lei Anticorrupção. Ao final, estuda-se a aplicação de mecanismos de integridade em todos os setores da atividade empresarial com o fito de reduzir as chances de corrupção, assim como obter diminuição da pena em caso de sua prática.

**Key-words:** Anti-corruption law; Compliance; Corruption.

**Abstract:** The objective is to analyze the Anti-Corruption Law as a specific mechanism to reach the patrimony of companies that relate to the Public Administration before the cases considered corruptive disposed exhaustively in the national legislation. In this sense, we first address the general aspects of Law 12.846/13 in order to explain the form of accountability of individuals and legal entities and the acts that they practice that can be configured as prejudicial to Public Administration. The sanctions foreseen for the cases subsumed in the Anti-Corruption Law are also raised. At the end, it is studied the application of integrity mechanisms in all the

\* Tainá Fernanda Pedrini é acadêmica de Direito na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí. Pesquisadora do tema “Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro” pelo art. 171/FUMDES. Membro da Sociedade Europeia de Criminologia e da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina (AACRIMESC). [tainapedrini.wix.com/blog](mailto:tainapedrini.wix.com/blog), [tainapedrini@live.com](mailto:tainapedrini@live.com)

\*\* Alexandre dos Santos Priess, Advogado e Professor Universitário. Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB (Itajaí). Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do TRT12. Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Empresarial (IOB). Email: [alexandrepriess@hotmail.com](mailto:alexandrepriess@hotmail.com).

sectors of the business activity with the purpose of reducing the chances of corruption, as well as obtaining a reduction of the penalty in case of its practice.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do notório panorama nacional, bem como da necessidade de concretizar os tratados em que o Brasil é signatário, o Poder Legislativo discutiu e editou a Lei Anticorrupção.

Ante a existência de outras legislações aplicadas no âmbito da Administração Pública, especialmente em suas relações negociais - como é o caso da Lei de Improbidade, de Concessões, de Licitações, Antitruste e as normas gerais penais e civis -, objetiva-se analisar a Lei Anticorrupção como mecanismo específico para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas de direito privado que se relacionam com a *res publica* ante os casos considerados corruptivos pela própria legislação.

Justifica-se o desenvolvimento do estudo em razão dos reiterados casos nacionais e internacionais, atualmente representados pela operação Lava Jato<sup>1</sup>, de corrupção entre as relações público-privadas.

Há possibilidade de a Lei Anticorrupção ser, realmente, mecanismo específico com função inibidora de atos de corrupção? Nessa celeuma, a aplicação do *compliance* previsto na legislação é capaz de impossibilitar a prática dos tipos previstos na lei objeto de estudo?

Para responder as hipóteses levantadas, inicialmente remete-se à Lei Anticorrupção enraizada pelas normas constitucionais que funcionam como norte à continuidade da pesquisa. À luz do panorama atual analisa-se especificamente os instrumentos criados pela legislação aplicados aos atos considerados lesivos à Administração Pública.

Ao final, observa-se o *compliance* como instrumento preexistente e preventivo para condutas inidôneas previstas na Lei 12.846/13. Instiga as pessoas jurídicas de direito privado a adotarem condutas transparentes em todos os seus escalões e relações negociais, porquanto estabelece formas de diminuição da pena em caso de condenação. O método utilizado foi o indutivo.

## 2 A LEI ANTICORRUPÇÃO

<sup>1</sup> G1. JORNAL NACIONAL. Odebrecht assina acordo de leniência com procuradores da Lava Jato. G1. 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/12/odebrecht-assina-acordo-de-leniencia-com-procuradores-da-lava-jato.html>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e a sua Indisponibilidade pela Administração<sup>2</sup> são ordens constitucionais implícitas e constituem fundamento para as relações administrativas. Trata-se de seu mandamento nuclear e estrutural, o qual irradia às normas brasileiras.

A busca pelo interesse público é requisito de validade e legitima os atos realizados por qualquer ente público ou quem lhe faça as vezes. Consubstancia-se em verdadeiro direito subjetivo à defesa dos interesses coletivos frente à prestação estatal. Trata-se de servir à coletividade, mediante suas necessidades gerais, justificando a utilização das prerrogativas especiais direcionadas aos sujeitos que compõem a Administração. Estes integrantes, no entanto, devem se subordinar à lei, no exercício de suas funções, e relegar as pretensões particulares e as secundárias do Estado – os interesses privados do Estado – a fim de primar pelo bem comum.

Apesar do mencionado, são públicos e notórios, nos meios de comunicação social, fatos em que pessoas jurídicas principiaram pela satisfação de interesses próprios ou alheios ao relacionar-se com a *res publica* – isto é, mitigaram o interesse público aos seus próprios objetivos, beneficiando-se de bens e serviços públicos, comportamentos estes reconhecidos como corrupção. Entende-se que a ineficiência estatal, nos Três Poderes, é relevante fator para sua ocorrência.

a) as decisões arbitrárias, que resultam de uma excessiva discricionariedade dos agentes públicos e desvirtuam o uso do poder, [...]; b) as conhecidas mazelas no recrutamento dos ocupantes dos cargos comissionados, que relegam a plano secundário a valoração da competência e prestam-se ao favorecimento pessoal, [...]; c) o corporativismo presente em alguns setores, [...]; d) a quase que total ineficiência dos mecanismos de repressão aos ilícitos praticados pelos altos escalões do poder; e) a concentração, em determinados funcionários, do poder de gerenciar ou arrecadar elevadas receitas; e f) a tolerância, em especial na estrutura policial, das práticas corruptas.<sup>3</sup>

Utiliza-se do conceito de interesse público, por sua amplitude e abertura, para legitimar arbitrariedades frente à Administração Pública. Vale-se dele como “mantra de legitimidade da atividade administrativa”, o argumento da supremacia do interesse público a tudo explica e tudo justifica, inclusive escamoteando toda sorte de arbitrariedades, autoritarismos e ofensas aos princípios constitucionais<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Para seu aprofundamento remete-se à obra: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>3</sup> GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-filosófica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul-set 2003, p. 103-139.

<sup>4</sup> CADEMARTORI, Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Constitucionalismo em debate**: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O interesse público carece da aplicação direta do princípio da moralidade e da impessoalidade. A atuação da Administração Pública está diretamente ligada à oxigenação das condutas pela ética, boa-fé, lealdade, primando pela concretização das garantias fundamentais elencadas de forma implícita ou explícita pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Estes atributos são o mínimo esperado pelos administrados, os quais são titulares do poder investido em cada Administrador. A Administração Pública, organismo funcionando em favor da sociedade, deve trabalhar em proporções máximas para suprir as necessidades coletivas, tratando-as de forma isonômica.

Concomitante aos atos corruptivos ocorridos na relação com a Administração Pública brasileira, o país ratificou diversos tratados e convenções internacionais com o fito de combater essas condutas. Destaca-se: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em reunião com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE); a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA); e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC).

A Lei 12.846<sup>5</sup> - Lei Anticorrupção - foi sancionada como resposta ao clamor social, bem como em razão da necessidade de efetivar os compromissos internacionais em que o país é signatário.<sup>6</sup> Objetivou-se, principalmente, mudanças na forma como as pessoas jurídicas de direito privado se relacionam com a Administração Pública e, para tanto, tornou-se cogente a adoção de medidas que inibam a corrupção.

Divide-se a legislação supramencionada em suas principais inovações e faz-se o corte epistemológico para este estudo: a) a responsabilização das pessoas jurídicas e naturais; b) os

*In* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito**. p. 190-196. Neste norte, o autor frisa: “A força normativa da Constituição depende diretamente da oxigenação de princípios que tenham lastro no corpo social. Por certo, a Constituição será sempre mais efetiva e vivificada na sociedade, quanto maior a interação dos princípios constitucionais com as aspirações dos cidadãos a ela submetidos. Essas são a bases jurídico-filosóficas sob as quais se deve erigir o atual conceito de interesse público, objeto central do presente ensaio.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei federal. Lei 12. 846, de 01 de agosto de 2013. **Lex**: legislação federal e marginalia, Brasília, 2013. “Trata-se de inovação legislativa importante, pois permite que não apenas os sócios, mas os diretores e funcionários da empresa, mas, também a própria pessoa jurídica seja submetida a um processo de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção. [...] A novidade é a estipulação de sanções mais severas, com destaque para a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica”. *In* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Método, 2016, p. 851.

<sup>6</sup> “a corrupção propicia a apropriação privada de recursos públicos que deveriam ser investidos na prossecução de políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais, e, por isso, em frontal violação aos objetivos elencados no art. 3º, incisos I, II, III e IV da Constituição e, em última análise, a ser princípio capital da dignidade da pessoa humana, destacado em seu art. 1º, inciso III. *In* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS; Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexos e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, nov. 2014, p. 09.

atos considerados lesivos; c) a aplicação das sanções previstas na legislação; e) acordo de leniência.

## 2.1 Os atos considerados lesivos à Administração Pública

Para que exista apuração da responsabilização mencionada, tanto às pessoas jurídicas quanto às pessoas naturais, necessita-se que a conduta se subsuma ao rol taxativo<sup>7</sup> de atos lesivos elencados pelo artigo 5º da Lei Anticorrupção – os quais atentam contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da administração pública.<sup>8</sup>

O inciso I descreve “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público<sup>9</sup>, ou a terceira pessoa a ele relacionada”. Trata-se de conduta que pode ser praticada por qualquer pessoa em detrimento a um agente público ou a quem este tenha relação, vez que não necessita de resultado naturalístico para a sua configuração, bastando tão somente a prática de algum dos verbos expostos. Remete-se este inciso à corrupção ativa descrita no artigo 333 do Código Penal<sup>10</sup>.

Já os incisos II e III não prescindem de resultado para a configuração da atividade delitativa<sup>11</sup>. Como elementares elencou-se “financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo

<sup>7</sup> Apesar de doutrinariamente discutido: “Os atos considerados lesivos à administração pública estão elencados no artigo 5º da LA. O rol de ilícitos é taxativo, uma vez que foi utilizada a expressão “assim definidos” na parte final do caput do artigo 5º.” ROSSATO, Luciano Alves (Org.). **Temas atuais da Advocacia Pública**. Salvador: JusPodvdm, 2015. *In* BRAGA, Carlos Eduardo Teixeira. Licitação e Advocacia Pública na Lei Anticorrupção. p. 40.

<sup>8</sup> Novamente a Lei Anticorrupção ampliou o previsto no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:”. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lex**. Neste caso, há previsão somente para atos praticados no Brasil, já na nova legislação as condutas contra entidades administrativas estrangeiras também são sancionadas.

<sup>9</sup> Como já enfatizado, agente público pode ser brasileiro, definido pela legislação como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades” brasileiras. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lex**. Para os efeitos da Lei 12.846, o agente pode ser também estrangeiro. “Considera-se agente público estrangeiro, para fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente pelo poder político de país estrangeiro ou em organizações políticas internacionais”. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 12. 846, de 01 de agosto de 2013. **Lex**.

<sup>10</sup> “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” *In* BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 2016.

<sup>11</sup> Há entendimento divergente: “Registra-se que os dois últimos incisos do art. 5º ora analisados (o II e o III) não são redigidos em boa técnica legislativa – pois ambos principiam com a expressão “comprovadamente”, o que pode dar a impressão de que a Lei cria uma condição para que o processo (administrativo ou judicial) se inicie, quando, em verdade, a comprovação é indispensável para a condenação. [...]” Os referido autor trata não somente o inciso I como crime de mera conduta, mas também o inciso II e III – isto é, dispensa o resultado naturalístico. *In*

subvencionar a prática de atos ilícitos previstos em Lei” e “utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.

Os atos lesivos empregados nos incisos IV e V remetem às licitações e os contratos administrativos. Estas condutas carecem de comprovação de dolo por parte do agente privado – a intenção de violar ou fraudar a competição entre os licitantes. Pretende-se a eliminação dos grupos denominados de cartéis - “a conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo objetivo, ou seja, o de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”<sup>12</sup>.

Destaca-se as condutas tipificadas pelo inciso descrito:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;<sup>13</sup>

Trata-se de sanção pelo abuso do poder econômico por condutas de pessoas jurídicas em latente violação à livre concorrência – princípio constitucionalmente reconhecido como regulador da ordem econômica e financeira<sup>14</sup> – bem como o direito ao desenvolvimento nacional. É a disputa entre as empresas de acordo com as leis do mercado e de forma livre que equilibra as forças oriundas do fornecimento e do consumo. A “intenção abusiva de um encontra barreiras na atuação idônea de seu concorrente. É o regime de competição que cerceia a imposição de produtos e de preços e, dessa maneira, merece defesa do regime econômico”<sup>15</sup>.

Em caso das condutas descritas, cabe à Administração intervir e averiguar o ocorrido por meio de seus órgãos fiscalizadores<sup>16</sup>, procedendo com o respectivo devido processo legal a

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz *et al.* **Lei Anticorrupção**: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.39.

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.987.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei federal. Lei 12. 846, de 01 de agosto de 2013. **Lex**.

<sup>14</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; *In* BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**. p. 931.

<sup>16</sup> Remete-se o leitor ao teor do inciso V, que considera também um ato lesivo: dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das

fim de aplicar as sanções previstas na legislação, sendo possível, ainda, o processo judicial para a apuração de possíveis condutas delitivas e/ ou reparações de ordem civil.

Com relação aos órgãos fiscalizadores, a legislação prevê a competência para instaurar e julgar processo administrativo a fim de apurar responsabilidade de pessoa jurídica à autoridade máxima de cada órgão ou entidade do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, observado o contraditório e a ampla defesa. Possibilita ainda a delegação, porém veda a subdelegação.<sup>17</sup>

No ano de 2015 ocorreu a regulamentação da Lei Anticorrupção<sup>18</sup> e nela designou-se como principal órgão fiscalizador as controladorias-gerais de cada ente federativo. À vista disto, a instauração e julgamento dos processos administrativos de responsabilização pelas condutas descritas na legislação, assim como a celebração dos pactos de leniência<sup>19</sup> – cooperação de pessoas jurídicas para as investigações visando a redução das penalidades, instituto que se assemelha à delação premiada - e a averiguação dos mecanismos de *compliance* nestas situações ficará, de forma concorrente<sup>20</sup>, a encargo das controladorias-gerais.

O decreto atribuiu às controladorias a possibilidade de aglutinar outros processos existentes em seu âmbito ou de outros órgãos, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Ministério Público (MP), tratando-a com hegemonia em detrimento a estes. Além disso, às controladorias foram outorgados poderes para corrigir o andamento de processos administrativos decorrentes da lei.<sup>21</sup>

## 2.2 A responsabilização das pessoas jurídicas e naturais

agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. BRASIL. Lei federal. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lex**.

<sup>17</sup> CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários a Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 175-176.

<sup>18</sup> BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. **Lex**: legislação federal e marginalia. Brasília, 2015.

<sup>19</sup> “Para quem não está familiarizado, o acordo de leniência é uma declaração voluntária de culpa. Uma espécie de delação premiada para a área jurídica. Ao descobrir e informar uma infração da lei anticorrupção aos órgãos fiscalizadores, antes que eles descubram o problema, a empresa que se denunciou pode ter o benefício de uma série de atenuantes nas suas sanções. Só que não basta a autoincriminação. Para determinar o valor da multa, os órgãos do estado vão levar em conta, entre outros fatores, o nível de colaboração da empresa com as investigações, os valores envolvidos e a qualidade do programa de compliance da empresa. Em casos extremos, a pena pode ser reduzida em até dois terços do seu valor”. *In* LEI ANTICORRUPÇÃO. O início de uma jornada. **Revista LEC – Legal, Ethics, Compliance**. Set. 2013. Disponível em: <http://www.pnm.adv.br/files/news/Anticorruptcao%20Revista%20LEC.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

<sup>20</sup> CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Processo Administrativo de Responsabilização**. 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptcao/processo-administrativo-de-responsabilizacao>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

<sup>21</sup> CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Processo Administrativo de Responsabilização**.

A referida legislação imputou inicialmente a responsabilização administrativa e civil às pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira<sup>22</sup>, conforme preceitua seu artigo 1º<sup>23</sup>. Tal responsabilidade, entretanto, tem caráter objetivo, prescindindo de culpa, portanto.<sup>24</sup> Ressalta-se os atos do empregado, nesta condição, já eram previstos na análise conjunta do artigo 932, III e do artigo 933 do Código Civil, como forma de responsabilização objetiva da empresa – *culpa in vigilando*.

Nesses casos, a comprovação da prática de atos corruptos que atentem ao interesse público carece tão somente do fato, do resultado lesivo e do nexo de causalidade entre ambos para sua configuração e aplicação das sanções previstas, independente de responsabilização dos seus dirigentes ou representantes.

Apesar disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem exigido o elemento subjetivo culpa ou dolo para configurar a prática de atos contra a Administração.

O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Quanto à existência do elemento subjetivo, a sentença, confirmada pelo V. Acórdão recorrido, foi categórica ao reconhecer a ausência da culpa ou dolo. Vejamos: De igual sorte, a improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos. (fl. 468, grifei). Portanto, ausente o elemento subjetivo, seja a culpa, seja o dolo genérico, seja o dolo específico.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Destaca-se que a Lei Anticorrupção adquire, com a responsabilização de pessoa jurídica brasileira por atos de corrupção contra Administração Pública estrangeira, caráter extraterritorial.

<sup>23</sup> Remete-se o leitor ao artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. In BRASIL. Lei federal. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lex**: legislação federal e marginalia, Brasília, 2015. Nota-se que a inclusão da responsabilidade de pessoa jurídica de direito privado ou pessoa natural não é inovação da Lei Anticorrupção, vez que a legislação acima descrita já previa a possibilidade de responsabilização, na qual figuravam no polo passivo da demanda o agente público e solidariamente a empresa infratora – juntamente com seus dirigentes e representantes, que poderiam sofrer sanções caso comprovado os requisitos subjetivos. Na verdade, a modificação ocorreu ao trazer a *responsabilização objetiva da pessoa jurídica*.

<sup>24</sup> Ressalta-se a divergência: “Em momento algum a Lei nº. 12.846/2013 instituiu uma espécie de “corrupção objetiva”, em que seria bastante e suficiente a ocorrência de eventos materiais. Ocorre que, consumada a infração em virtude da conduta reprovável de um ou mais indivíduos, poderá produzir-se a responsabilização de pessoa jurídica. Essa responsabilização será “objetiva”, na acepção de que bastará a existência de um vínculo jurídico com a pessoa física infratora”. In JUSTEN FILHO, Marsal. A “nova” lei anticorrupção brasileira (lei federal 12.846). Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt>>. Acesso em 29 mai. 2016.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1345187**. Terceira Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. 2015.

A ausência de culpa não basta para excluir o dever de reparar do agente<sup>26</sup>, somente sendo afastada quando ficar configurado, na análise de cada caso concreto, que o ato lesivo se deu por culpa ou fato exclusivo da Administração, culpa ou fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior, excluindo, assim, a responsabilidade da pessoa jurídica.

A responsabilização objetiva da empresa, contudo, não afasta a dos dirigentes, administradores ou qualquer outra pessoa natural<sup>27</sup>. Nestes casos, imprescindível a comprovação da culpa em sentido amplo na autoria, coautoria ou participação do ilícito apresentado pela Lei 12.846 para que se responda na sua medida. Culpa *latu sensu* constitui-se do *dolo* – violação intencional de um dever a que lhe é atribuído com o fito de prejudicar alguém – e da *culpa em sentido estrito* – na qual não há intenção de desobediência a deveres, mas apresenta-se casos de negligência, imprudência ou imperícia do agente<sup>28</sup>.

Os dirigentes e administradores são os titulares de prerrogativas de mando ou de poder administrativo privado – poder decisório. Pode-se cogitar que, de certa forma, a responsabilidade objetiva prevista na lei versa sobre espécie de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa admitida por precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, pela qual é juridicamente possível responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações originalmente de titularidade dos sócios ou administradores.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> “A culpa tanto pode ser civil como penal. A responsabilidade civil não depende da criminal. Conquanto haja condenação penal, tal não impede se reconheça, na ação civil, a Culpa concorrente da vítima. O que o art. 1.525 do Código Civil impede é que se questione sobre a existência do fato e de sua autoria” In BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 83.899**. Terceira Turma. Relator Ministro Nilton Neves. 1995.

<sup>27</sup> Mas também não pode ser tratada como consequência natural. “O simples fato de a Recorrente figurar como sócia-gerente de uma pessoa jurídica não autoriza a instauração de processo criminal por crime contra o meio ambiente, se não restar minimamente comprovado o vínculo com a conduta criminoso, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva”. In BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 34.957**. Quinta Turma. Relator Ministra Laurita Vaz. 2014.

<sup>28</sup> “A responsabilidade objetiva, nesta hipótese, é, a rigor atribuída pela lei em razão de falha no dever jurídico de o administrador ou dirigente controlar a conduta dos empregados, prepostos ou colaboradores, a que título for, quando da prática de atos em benefício da pessoa jurídica.” SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei Anticorrupção: responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a Administração Pública. **Coluna Jurídica da Administração Pública**. Disponível em: <[http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter\\_adm\\_publica/arquivos/ANEXO\\_4\\_13\\_06.pdf](http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_4_13_06.pdf)>. Acesso em 18 jun. 2016.

<sup>29</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei Anticorrupção: responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a Administração Pública. **Coluna Jurídica da Administração Pública**.

Destaca-se que o ato ilícito praticado pela empresa subsiste ainda que haja superveniente alteração contratual, transformação<sup>30</sup>, incorporação<sup>31</sup>, fusão<sup>32</sup> ou cisão<sup>33</sup> societária.<sup>34</sup> Embora, nestes casos, a pessoa jurídica sucessora ficará limitada somente ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado até o limite do patrimônio transferido, não sendo-lhe aplicada as demais sanções previstas na Lei 12.846, excetuados os casos de comprovada fraude ou simulação. “Ocorre, porém, que está ausente qualquer limitação no caso de infração à lei por empresas controladas, controladoras ou coligadas. Muito pelo contrário, estabelece-se solidariedade”.<sup>35</sup>

Por fim, há previsão de solidariedade entre as entidades coligadas e consorciadas, reiterando a previsão do artigo 33, V, da Lei 8.666<sup>36</sup> e do artigo 51 do Decreto 7.581<sup>37</sup>. Isto se deve ao fato de que no consórcio não há uma única pessoa jurídica assumindo o negócio jurídico, há múltiplos sujeitos que integram a licitação ou o contrato, v.g. e, sendo solidária a responsabilidade entre os consorciados a Administração possui maior eficiência na fiscalização e na qualidade dos serviços prestados.

<sup>30</sup> Consubstancia-se na “operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lex:** legislação federal e marginalia, Brasília, 1976.

<sup>31</sup> A incorporação é entendida como “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lex.**

<sup>32</sup> Trata-se de “operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lex.**

<sup>33</sup> A cisão conceitua-se pela operação na qual “a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lex.**

<sup>34</sup> BRASIL. Lei federal. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Lex.**

<sup>35</sup> “O parágrafo 1º do artigo 4º da Lei cria um possível incentivo a novos investimentos, limitando a responsabilidade de sucessora “até o limite do patrimônio transferido” — com a ponderação de que o patrimônio transferido pode ser significativo e exigir captação de recursos que criará um dever de realizar uma extensa diligência nas empresas alvo do investimento, mas eventualmente o exercício do dever de diligência será inútil, em caso de situações de difícil constatação, mesmo porque não há parâmetro mínimo para aplicação da lei. O limite não é aplicável, justificadamente, no caso de “simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”. *In* CILLO, Roberto Di. Lei Anticorrupção precisa de regulamentação razoável. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**. 2 mar. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-mar-02/roberto-cillo-lei-anticorruptao-regulamentacao-razoavel>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

<sup>36</sup> “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: [...] V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lex:** legislação federal e marginalia, Brasília, 2015”.

<sup>37</sup> “Art. 51. Quando permitida a participação na licitação de pessoas jurídicas organizadas em consórcio, serão observadas as seguintes condições: I§ 1º O instrumento convocatório deverá exigir que conste cláusula de responsabilidade solidária: I - no compromisso de constituição de consórcio a ser firmado pelos licitantes; e II - no contrato a ser celebrado pelo consórcio vencedor. § 2º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II do caput”. *In* BRASIL. Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011. **Lex:** legislação federal e marginalia. Brasília, 2015.

### 2.3 A aplicação das sanções previstas na legislação

Exige-se um processo formal e regular para a aplicação das sanções previstas. Isto porque estas atingem a propriedade da pessoa jurídica sancionada e, assim, deve a Administração Pública oferecer-lhe o extenso exercício das garantias constitucionais, principalmente oportunizando o contraditório e a ampla defesa, elencados no rol do artigo 5º da CRFB/88<sup>38</sup>. Necessita-se, da mesma forma, de adequação do sujeito ativo da conduta lesiva à Lei 12.846 de 2003 para aplicar-lhe as sanções previstas em seus artigos 6º e 19. Compreende-se como sujeito ativo:

as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.<sup>39</sup>

Já os sujeitos que sofrem o ativo lesivo, denominados passivos, incluem tanto a Administração Pública Direta ou Indireta no Brasil quanto em outros países do globo.

Art 5º, [...]§ 1º-Considera-se Administração Pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. [...] equiparam-se à Administração Pública estrangeira as organizações públicas internacionais.<sup>40</sup>

Nota-se que a referida legislação se aplica aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública *ainda que* praticados no exterior. Nestes casos, o artigo 6º da Lei Anticorrupção prevê a aplicação de sanção administrativa aos transgressores, a qual será de multa equivalente a 0,1% (um décimo por cento) até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica no exercício anterior ao da instauração do processo pela Administração Pública, “excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.<sup>41</sup>

A legislação prevê ainda, em caso de impossibilidade da utilização do percentual sobre o faturamento da empresa – em razão deste não ser auferível – a aplicação de multa entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Percebe-se que o dever de

<sup>38</sup> *In* BRASIL. **Constituição (1988)**.

<sup>39</sup> BRASIL. Lei federal. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Lex.**

<sup>40</sup> BRASIL. Lei federal. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Lex.**

<sup>41</sup> BRASIL. Lei federal. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. **Lex.**

sancionar da Administração é vinculado aos preceitos legais, embora a dosimetria da sanção seja discricionária.

Ao escolher o *quantum* a ser pago pela pessoa jurídica devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a fim de não ser a multa tão onerosa que inviabilize as atividades da empresa sancionada, tampouco poderá ser irrisória e a legislação perca seu caráter sancionador. O artigo 7º da legislação<sup>42</sup> aponta nortes para a mensuração do valor a ser arbitrado, como é o caso de “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, conhecido como *compliance*, que será tratado no tópico posterior.

Não basta somente obediência ao devido processo legal formal, mas também ao substancial<sup>43</sup>. A aplicação pautada nos princípios descritos torna válida a sanção imposta ao final do processo administrativo. Os princípios mencionados no artigo 37 da CRFB/88 e os dele derivados, como é o caso do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>44</sup>, viabilizam o controle jurisdicional do domínio da atuação administrativa não vinculada, a qual abrange a discricionariedade administrativa e a valoração dos conceitos indeterminados. “A extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, [...] não se delimita a partir da

<sup>42</sup> Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; *In* BRASIL. Lei federal. Lei 12. 846, de 01 de agosto de 2013. **Lex**.

<sup>43</sup> “O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive *due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”. *In* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407**. Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. 07 mar. 1996.

<sup>44</sup> “verifica-se que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no sentido de adequação, importa, em certa medida, aferição do juízo de conveniência exercido pelo ente administrativo. Depois, observa-se que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por excelência, presta-se a solucionar problemas decorrentes da discricionariedade administrativa. A margem da liberdade de decidir é parametrizada, na concreção do interesse público, pelo critério da proporcionalidade, que se presta ao sopesamento ou à ponderação dos diversos interesses, públicos e/ou privados em questão com a consequente acomodação desses múltiplos interesses em pauta”. *In* MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004, 147.

exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário”<sup>45</sup>. Na verdade, “todo e qualquer ato administrativo, inclusive discricionário e resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial”<sup>46</sup>.

Embora o corte epistemológico do presente artigo se faça no procedimento administrativo, o qual prevê a aplicação de multa, ressalta-se o artigo 19 da Lei Anticorrupção<sup>47</sup>, que prevê sanções ao final do processo *judicial*, as quais podem chegar a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

### 3 COMPLIANCE

O vocábulo *compliance* origina do verbo inglês *to comply* que significa o ato de concordância com um desejo ou comando<sup>48, 49</sup>. A noção de *compliance*, contudo, ultrapassa o significado da palavra. Trata-se da aceitação institucionalizada de um modelo preventivo de combate aos atos de considerados inidôneos por meio da gestão de atos decisórios no âmbito empresarial. Ocorre por meio de programas de integridade aplicados não somente para o caso das sanções previstas na Lei Anticorrupção.

Diverge da Auditoria Interna – programa independente de *avaliação* interna que objetiva a melhoria *da estrutura* de funcionamento de determinada atividade empresarial – por direcionar-se à verdadeira gerência da empresa, *a estruturação basilar de seu controle*, e seu

<sup>45</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 160.

<sup>46</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. p. 160.

<sup>47</sup> Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. *In* BRASIL. Lei federal. Lei 12. 846, de 01 de agosto de 2013. **Lex**.

<sup>48</sup> “Compliance with the regulations affects everyone working in an authorized investment business, and every level of activity. At a broad strategic level, for example, it can affect the amount of capital which a firm must have and maintain in order for it to do business. It may also influence the decision to enter or remain in a particular product market such as that for pensions or broker fund management, or the decision to establish a new distribution channel such as a direct sales force and the terms on which an individual undertakes from the moment he or she gets in to the office in the morning to the momento of departure in the evening”. NEWTON, Andrew. **The handbook of compliance: making ethics work in financial services**. Mind into matter, 2007, p.72.

<sup>49</sup> “O termo *compliance* origina-se do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto. *Compliance* é o dever de cumprir de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZJ, Vanessa Alessi (Orgs.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. pp.1-2.

conhecimento direto das atividades consideradas de risco, passíveis de afetação do negócio e aplicação de sanção administrativa ou judicial – neste caso, dos atos considerados lesivos pela Lei Anticorrupção.

Antes da vigência da Lei Anticorrupção e da característica compulsória dos programas de *compliance* para a diminuição da pena, a Controladoria-Geral da União (CGU) já realizava propagandas educativas<sup>50</sup> com relação ao combate à corrupção. Lecionava-se ser imprescindível “para prevenir e combater as práticas de má governança, [...] que o setor privado assumia uma postura pró-ativa na adoção dos valores e princípios éticos e de integridade em seus negócios, rejeitando totalmente a prática de atos ilegais, ilegítimos ou de corrupção”<sup>51</sup>.

Para tanto, cada empresa tem – além da responsabilidade legal devido à nova legislação – responsabilidade social de implementar programas de *compliance* “para a consolidação desses valores e princípios, tornando clara sua postura ética, íntegra e anticorrupção perante diversos segmentos, como funcionários, fornecedores, acionistas, concorrentes etc.”<sup>52</sup>

Ao mesmo tempo que evita consequências legais derivadas de atos corruptivos na seara empresarial, a existência de um programa efetivo de *compliance*, que torne mais segura e transparente a realização negocial, trará mais confiança e atratividade de investidores e financiadores. Evita o custo do capital e aumenta o valor de mercado da organização, beneficiando diretamente a empresa e, logo, seus sócios.

O ideal estabelecido pode ser um grande atrativo da pessoa jurídica, já que se trata da nova estratégia global: a realização de negócios jurídicos sustentáveis, transparentes e eficazes. À vista disso, empresas brasileira como a Votorantim, SIEMENS, Volkswagen e Samsung já aderiram à aplicação do *compliance* na atividade empresarial.

### 3.1 A aplicação do *compliance* na Lei Anticorrupção

<sup>50</sup> “Esses programas devem ser primordialmente de caráter preventivo, ou seja, devem evitar a ocorrência de práticas antiéticas ou corruptas. Também devem prever medidas corretivas em caso de comportamentos no ambiente organizacional que violem seus princípios. Para isso, torna-se indispensável o trabalho de conscientização, orientação e capacitação para a tomada de decisões e de atitudes éticas e íntegras. In BRASIL. A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção”. **Controladoria-Geral da União**. Jun. 2009. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespocialempresas\\_baixa.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespocialempresas_baixa.pdf)>. Acesso em 19 jun. 2016.

<sup>51</sup> BRASIL. A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção. **Controladoria-Geral da União**.

<sup>52</sup> BRASIL. A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção. **Controladoria-Geral da União**.

A Lei 12.846 prevê como atenuante da pena - a ser imposta à empresa caso comprove-se conduta lesiva - a implementação de programas de integridade. O Decreto 8.420<sup>53</sup> regulamentou esta possibilidade de diminuição, conceituando *compliance* em seu artigo 41 como “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”, bem como os “atos ilícitos praticados [pela pessoa jurídica] contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

O decreto regulamentador, ainda, descreveu ser imprescindível a atualização destes programas “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”<sup>54</sup>.

Apesar de a responsabilidade ser objetiva pela legislação, há possibilidade de a pessoa jurídica comprovar ter utilizado todos os meios cabíveis, por meio de programas de integridade atualizados, visando a não ocorrência de atos lesivos à Administração Pública. Nestes casos, não se justifica a aplicação de penalidades gravosas. Isso porque, embora exista *compliance*, não há como eximir as possibilidades de atos corruptos no funcionamento diário das empresas e no desenvolvimento de sua finalidade<sup>55</sup>. As chances são minoradas de forma significativa, na verdade. Por “mais completo e estruturado que um programa de integridade seja, ele nunca será capaz de banir a ocorrência de irregularidades”<sup>56</sup>.

Diante disto, a fim de auferir a qualidade e atualização dos programas de integridade, bem como o desempenho dos gestores da empresa em cumprir efetivamente com a legislação, a Lei Anticorrupção foi regulamentada, com o fito de mensurar o *quantum* de aplicação da atenuante é possível, conforme o comprometimento de cada pessoa jurídica, disposto no artigo 42.

<sup>53</sup> BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. **Lex**. Ressalta-se que o objetivo deste é a regulamentação da Lei Anticorrupção.

<sup>54</sup> BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. **Lex**.

<sup>55</sup> “O que se espera é que as empresas façam o máximo para reduzir a probabilidade de violações, através de uma postura diligente e vigilante e dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade frente aos riscos específicos presentes em suas operações. Embora a tendência aponte no sentido de que a avaliação de programas de Compliance deva ser cada vez mais rigorosa, exigir medidas preventivas excessivamente desproporcionais acabaria por inviabilizar sua implementação e operacionalização, surtindo efeito contrário ao desejado”. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA *et al* (Org.). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. In MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. p. 181-194.

<sup>56</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. In CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei 12.846/2013. P. 22.

Tal dispositivo considera como parâmetro: a) o comprometimento da direção da empresa, incluindo os conselhos, nos programas de integridade existentes; b) a conduta dos integrantes da pessoa jurídica, isto é, quaisquer trabalhadores, administradores ou terceiros – fornecedores e agentes intermediários, v.g -, em padronização de conduta, ética e integridade, conforme as diretrizes políticas expostas; c) a realização de treinamentos periódicos para afastar todos os atos corruptivos – também outros específicos para integrações com a Administração Pública diretamente, como é o caso de licitações, contratos administrativos ou autorizações; d) análise real de riscos da atividade empresarial e as adaptações contínuas em detrimento dos resultados obtidos; e) a real independência, estruturação e autoridade dos responsáveis pela realização do *compliance* e sua fiscalização periódica, com vistas à ampla possibilidade de denúncias e proteção de quem as faça de boa-fé, e a aplicação de medidas sancionadoras as praticantes de atos corruptivos. Deve-se também diligenciar quanto aos contratados pela pessoa jurídica ou com quem venha esta a proceder por meio de fusões, aquisições ou reestruturações societárias.<sup>57</sup>

Além disto, f) quando do conhecimento de atos de corrupção no âmbito empresarial, esta deve prontamente procurar medidas de interrupção do ocorrido e buscar a remediação dos danos; g) imprescindível, por fim, a “transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos”<sup>58</sup>.

Para averiguar estes parâmetros, contudo, deve-se atentar a quantidade de integrantes da empresa; as formas de hierarquia e subdivisões internas e externas – a sede e as filiais; a terceirização de atividades; as relações negociais que pactuadas e o ramo de atividades, sejam nacionais ou estrangeiras; a relação com a Administração Pública quanto a periodicidade e o grau de interação e a importância dos atos e negócios praticados. Destaca-se que a qualificação da atividade empresarial como microempresa ou empresa de pequeno porte há redução de formalidades e exigências<sup>59</sup>.

Com relação à celebração dos referidos acordos de leniência, entre os entes federados por meio de seus órgãos de controle interno – isolados ou em conjunto com o Ministério Público ou a Advocacia Pública, – ou com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática do ato lesivo, a fim de que colaborem com o processo de investigação e, posteriormente, com o processo administrativo, tem como objetivo primordial: “a) a identificação dos demais envolvidos na

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. *Lex*.

<sup>58</sup> BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. *Lex*.

<sup>59</sup> Artigo 42, § 3º “Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput”. *In* BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. *Lex*.

infração, quando couber; b) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; c) a cooperação da pessoa jurídica com as investigações”<sup>60</sup> isso porque a Lei Anticorrupção traz à tona a responsabilidade objetiva e, por fim, “d) o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismo internos de integridade”<sup>61</sup>.

Ademais, sabe-se que para a celebração do acordo de leniência é necessário que a pessoa jurídica preencha cumulativamente os seguintes requisitos: cesse seu envolvimento na infração objeto do acordo, a partir de sua efetivação; coopere, em razão de sua responsabilidade objetiva, com as investigações e com o processo administrativo. Para tanto, à sua expensa, deve comparecer sempre que requisitada para prestar informações pertinentes até o encerramento do processo. Deve comprometer-se, por fim, a implementar mecanismos internos de auditoria, integridade<sup>62</sup>, resiliência<sup>63</sup> e incentivo à denúncia – o *compliance*.

Percebe-se, portanto, que a aplicação de sanção administrativa após o transcurso do devido processo legal – com a comprovação do ato lesivo e do dano – carece de diversos requisitos e direitos subjetivos da empresa de ter sua pena minorada, em caso de ter lançado mão de todos os mecanismos possíveis.

Tanto a Lei Anticorrupção quanto seu decreto regulamentador buscaram a aplicação direta dos princípios constitucionais ao funcionamento da atividade empresarial e sua integração com a Administração Pública. A moralidade administrativa, entretanto, não é a única determinação constitucional. A razoabilidade e a proporcionalidade, bem como a busca pela máxima efetividade nas relações administrativas encontram-se nestes casos de forma marcante.

Ressalta-se que a ideia da utilização do *compliance* aplicadas à Lei Anticorrupção, carece de parâmetro uniforme para a implantação eficiente. Foge, no entanto, de burocratizar a empresa por meio de procedimentos numerosos e incompatíveis com sua estrutura.

O comprometimento da alta administração da pessoa jurídica, por meio da transparência financeira, associado à análise de riscos que está sujeita a empresa e a efetiva

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, p. 854

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, p. 854

<sup>62</sup> “A integridade resume-se como capacidade da Organização de agir em consonância com sua visão e missão. Uma organização íntegra é aquela que consegue manter, em cada decisão, atividade ou ação, coerência e conformidade com seus princípios e valores”. COMPLIANCE: GUIA PARA AS ORGANIZAÇÕES BRASILEIRAS. *Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais*. p. 10

<sup>63</sup> “A resiliência, por outro lado, reflete a capacidade da Organização de se recuperar e reagir sempre que sua integridade for ameaçada, diante da sua situação de alta criticidade. Para estar em conformidade com as regras a ela aplicáveis, de modo a garantir sua integridade e resiliência, não basta que a Organização preveja em sua visão e missão a adoção de uma conduta ética e espere passivamente que a totalidade de colaboradores a observarão em todas as suas atividades, todo o tempo”. COMPLIANCE: GUIA PARA AS ORGANIZAÇÕES BRASILEIRAS. *Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais*. p. 10.

política para a minoração desses riscos, bem como o treinamento e comunicação dos resultados e práticas a todos os funcionários, colaboradores e terceiros, junto à monitoria da atividade empresarial, são características basilares e fundamentais para a concretização desse ideal sustentável e íntegro.<sup>64</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de não obrigatória às pessoas jurídicas de direito privado, a Lei Anticorrupção criou aspectos fundamentais a serem observados a fim de que o exercício da atividade empresarial se torne mais transparente e interessante para investimentos. Da mesma forma, trouxe benefícios a quem busca desempenho íntegro, por meio de programas de *compliance*, porquanto a eles são aplicadas minorantes da pena base previstas na lei em caso de subsunção aos tipos nela previstos.

A nova legislação traz à tona princípios fundamentais para a Administração Pública dentre eles: a legalidade, a moralidade e a eficiência. Além disso, destaca o supraprincípio administrativo consubstanciado na supremacia do interesse público. Essa iniciativa, acompanhada à aderência das empresas, demonstra avanço e relevância nos negócios realizados com a Administração Pública. Essas condutas, além dos pontos positivos já citados, apontam um início de mudança no panorama brasileiro, no qual casos recorrentes de corrupção são conhecidos pela população, detentora legítima do poder conferido aos administradores.

Nesse sentido, conclui-se pela relevância e necessidade de exploração, incentivo e programas educativos a fim de incentivar a aplicação dos programas de *compliance* previstos na legislação - por meio de auditorias e mecanismos de integridade, viabilizando, assim, ainda mais a inserção de uma cultura ética nas empresas nacionais.

#### 5 REFERÊNCIAS

BRASIL. A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção. **Controladoria-Geral da União**. Jun. 2009. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas\\_baixa.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf)>. Acesso em 19 jun. 2016.

<sup>64</sup> COMPLIANCE: GUIA PARA AS ORGANIZAÇÕES BRASILEIRAS. **Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais**. p. 21-25.

BRASIL. Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011. **Lex: legislação federal e marginalia**. Brasília, 2015.

BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. **Lex: legislação federal e marginalia**. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei federal. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lex: legislação federal e marginalia**, Brasília, 1976.

BRASIL. Lei federal. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lex: legislação federal e marginalia**, Brasília, 2015.

BRASIL. Lei federal. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lex: legislação federal e marginalia**, Brasília, 2015.

BRASIL. Lei federal. Lei 12. 846, de 01 de agosto de 2013. **Lex: legislação federal e marginalia**, Brasília, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 83.899**. Terceira Turma. Relator Ministro Nilton Neves. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1345187**. Terceira Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 34.957**. Quinta Turma. Relator Ministra Laurita Vaz. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1407**. Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. 07 mar. 1996.

CADEMARTORI, Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori**. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. In CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito**.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários a Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

CARVALHO FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZJ, Vanessa Alessi (Orgs.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

COMPLIANCE: GUIA PARA AS ORGANIZAÇÕES BRASILEIRAS. **Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais**. Instituto Mineiro de Mercado de Capitais. Jun. 2016. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/oabcompliance/#3/z/>>. Acesso em 28 out. 2016.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Processo Administrativo de Responsabilização**. 17 mar. 2015. Disponível em:

<<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/processo-administrativo-de-responsabilizacao>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz *et al.* **Lei Anticorrupção**: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA *et al.* (Org.). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. In MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais.

GARCIA, Emerson. A corrupção: uma visão jurídico-filosófica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul-set 2003.

G1. JORNAL NACIONAL. Odebrecht assina acordo de leniência com procuradores da Lava Jato. **G1**. 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/12/odebrecht-assina-acordo-de-leniencia-com-procuradores-da-lava-jato.html>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

JUSTEN FILHO, Marsal. **A “nova” lei anticorrupção brasileira (lei federal 12.846)**.

Disponível em:

<<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt>>. Acesso em 29 mai. 2016.

LEI ANTICORRUPÇÃO. O início de uma jornada. **Revista LEC – Legal, Ethics, Compliance**. Set. 2013. Disponível em:

<http://www.pnm.adv.br/files/news/Anticorruptao%20Revista%20LEC.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS; Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexos e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, nov. 2014.

NASCIMENTO, Melillo Dinis (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial**: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014. In CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei 12.846/2013.

NEWTON, Andrew. **The handbook of compliance: making ethics work in financial services**. Mind into matter, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Método, 2016.

ROSSATO, Luciano Alves (Org.). **Temas atuais da Advocacia Pública**. Salvador: JusPodvm, 2015. In BRAGA, Carlos Eduardo Teixeira. Licitação e Advocacia Pública na Lei Anticorrupção.

## AS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL NO CAPITALISMO PÓS-MODERNO

Karla Pinhel Ribeiro\*  
Ricardo Neves Dariz\*\*

**Palavras-chave:** direito penal, criminologia, marxismo, luta de classes.

**Resumo:** Historicamente, é possível identificar que as diversas mudanças nos sistemas econômicos das sociedades sempre empurraram a legislação criminal para transformações que pudessem fazer garantir o novo *status quo*. Nesse sentido, as penas tornavam-se mais rígidas quando o modo de produção exigia um endurecimento das penas, e mais brandas quando necessitava que assim fosse. As alterações na legislação penal, em qualquer tempo, são o espelho dos interesses da classe dominante da época. O crime é então um constructo social, reflexo das demandas econômicas das classes que detém o poder econômico. As consequências e objetivos dessa nova forma de se fazer política no âmbito penal estão diretamente ligados com as demandas de mercado da sociedade liberal, e posteriormente, neoliberal. A ideologia tem papel importante na criação e disseminação das novas políticas penais de contenção de classe e manutenção da ordem estabelecida. A nova sociedade punitiva se constrói em torno do conceito de controle, tendo como características principais a seletividade da clientela dos estabelecimentos prisionais, e a formulação de regras sociais que se espelham nas classes mais abastadas, espelhadas nos ideais desta classe. Entende-se que o direito penal sempre atendeu a interesses específicos da classe dominante, funcionando como mecanismo de conservação do sistema econômico, ou seja, existe para fazer a manutenção daquilo que está posto, e não para transformá-lo em algo novo, melhor e mais igual. O objetivo do trabalho consiste em identificar, amparado pelo método materialista histórico dialético, as necessidades atuais do sistema econômico e as formas de controle social que o mantém. A conclusão que alcançamos é de que as novas funções da pena são basicamente quatro: retribuição, neutralização, precarização e dessocialização.

**Abstract:** It is historically possible to identify that the several changes in society's economical systems had always pushed criminal legislation to transformations that would be able to ensure

\* Doutora em Filosofia pela USP e Professora do UNICURITIBA. E-mail: [karlapinhelribeiro@gmail.com](mailto:karlapinhelribeiro@gmail.com). Telefone: (41) 99995-5716. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7479262758658154>.

\*\* Acadêmico de Direito do UNICURITIBA. E-mail: [ricardondariz@gmail.com](mailto:ricardondariz@gmail.com). Telefone: (41) 99658-0939. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4176781198187376>.

the *status quo*. The forms of punishment became more severe when demands of the current economical system required it, or less if that was the case. The changes in the criminal legislation, at any time, are reflex of interests of the dominating class in power. The crime is a social construction that builds itself based on the demands of the classes that holds in their hands the economical power. The consequences and objectives of these new ways of conducting politics in the criminal law field are directly connected with the demands of the market in the liberal society, and subsequently, neoliberal. The dominating ideology has a fundamental part on creating and spreading the new criminal politics of social containment and conservating the establishment. The new punishing society builds itself based on the concept of control, being its major feature the selectivity of penitentiary systems and the formulation of social rules based on the costumes and values of its wealthier classes. It is further understandable that the criminal law have always served specific interests of the dominating class, working as a mechanism of class conservation of the current economical system, that is to say to keep things the way they are, and not trying to make changes that can make things better and less unequal. The objective of this paper consists in identify, sustained by dialectical and historical materialism, the needs of the current economical system the social control techniques responsible for his maintenance. The conclusion we achieved is that the new punishment functions are basically four: retribution, neutralization, precarious work forms and unsocialization.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar de maneira crítica como se deram historicamente os processos de criminalização e suas peculiaridades entre o final de um determinado sistema econômico e o início de um novo modo de produção.

Amparado pelo materialismo histórico dialético, aplicando a teoria Marxiana da luta de classes, desbrava a evolução dos métodos punitivos na Europa entre os séculos XIV e XIX, elucidando as motivações políticas e econômicas que delineavam qual seria a legislação penal mais apropriada para cada momento histórico. Tendo o trabalho, a mão de obra, como, aspecto chave destas políticas.

Na transição do modo de produção para a manufatura, foi crucial a atuação penal perante os artesãos desempregados que teriam caído na mendicância. Naquele momento, o ócio desta classe de trabalhadores não interessava às classes detentoras dos meios de produção, pois a mão de obra se tornara extremamente escassa, o que fez com que os proletários pudessem

exigir uma remuneração maior, visto a baixa competitividade no mercado de trabalho. Para isso, o Estado, pressionado pelas classes dominantes, tinha de encontrar uma maneira de baixar os salários dos trabalhadores comuns, pois o lucro dos empresários da época se via comprometido. Foram 3 as medidas cruciais que tomou o Estado para contornar essa situação: 1) Criou políticas populacionais que incentivam a população pobre a ter mais filhos; 2) Regularizou diretamente os salários do proletariado da época, limitando o quanto poderiam exigir em troca de sua mão de obra; 3) Criminalizou a mendicância, para poder enviar aqueles ociosos corpos que se encontravam inúteis no momento às casas de correção, onde aprenderiam as técnicas da manufatura e, dessa forma, ao saírem do cárcere, estariam aptos para oferecer seus corpos ao mercado.

Estas medidas, com o passar do tempo, obtiveram o sucesso esperado. Havia criado um excedente de trabalhadores, o qual Marx convencionou chamar de exército industrial de reserva. Assim que os corpos doutrinados para o trabalho se tornaram abundantes, os preços dos salários puderam baixar radicalmente, o lucro dos capitalistas voltou a ser alto.

Por fim, a manutenção do *status quo* e a contenção da rebeldia de classe eram as funções intrínsecas do Estado repressor da época, tendo sobrevivido estas funções até as sociedades punitivas da atualidade. Porém, a política penal e a aplicação da pena não se reduzem mais à disciplina para o mercado de trabalho e retribuição. Atualmente, não se pode falar e ressocializar, visto que a superpopulação e a falta de empregos disponíveis empurrariam os ex-detentos para a marginalização e informalidade novamente. Na presente pesquisa, pretendemos lançar um olhar crítico para com a teoria marxista do cárcere e da fábrica, elucidando as novas necessidades, funções e objetivos da pena na sociedade neoliberal.

## 2 DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO SOCIAL

O modelo das penas e de aplicação das punições se molda a partir das relações sócio-econômicas de uma determinada época e território. O Estado, em qualquer tempo, se apresenta com o monopólio do poder de punir as violações aos direitos de terceiros. Podemos identificar vários momentos históricos em que vigoraram sistemas de punição extremamente distintos (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25). Não será objeto deste capítulo, tampouco do resto do corpo do presente trabalho, desbravar com profundidade toda a história das punições, mas sim partir de alguns pontos históricos que demonstrem a relação existente entre as penas e o sistema de produção e suas necessidades de reprodução econômica.

No sistema feudal na Baixa Idade Média, enquanto o direito criminal pretendia-se o instrumento de preservação da paz social, passou a ser uma alternativa ao cumprimento da pena relativa a certos crimes o pagamento de fiança ou indenização. Não é preciso dizer que tal alternativa se torna de impossível alcance das classes subalternas, uma vez que não se encontravam em condições econômicas de arcar com o valor das fianças impostas. Os homens que não pudessem pagar teriam substituídas as fianças por penas corporais, dando um caráter seletivo ao sistema penal daquela época (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25), não sendo, portanto, a seletividade do direito penal uma exclusividade deste momento histórico.

É importante destacar que cada delito específico é cometido por agentes de diferentes classes sociais. Por exemplo, é improvável que um senhor feudal venha cometer o crime de assalto. Logo, crê-se que o provável delinqüente que pratica um ato desta categoria delitativa seja um miserável, um verdadeiro “pé rapado”. Cada delito encontraria um valor de fiança diferente.

Um estatuto de Sion, de 1338, previa uma fiança de vinte libras para os casos de assalto; se o assaltante não podia pagar, devia receber um castigo corporal, como ser jogado numa prisão e passar a pão e a água até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse. Esse estatuto não somente ilustre o caráter automático da transformação da fiança em punição corporal, mas mostra também que o aprisionamento era visto como uma forma de castigo corporal (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 25).

Beccaria enfatiza que a aplicação de penas pecuniárias para o crime de roubo, cometido em grande escala por miseráveis, é não somente inútil como colabora para um aumento destes crimes, pois

[...] se o roubo é ordinariamente o crime da miséria e do desespero, se esse delito só é cometido por essa classe de homens infortunados, a quem o direito de propriedade (direito terrível e talvez desnecessário) só deixou a existência como único bem, as penas pecuniárias contribuirão simplesmente para multiplicar os roubos, aumentando o número de indigentes, arrancando o pão a uma família inocente, para dá-lo a um rico talvez criminoso (BECCARIA, 2015, p. 83).

O autor italiano afirma que a pena justa seria uma forma de escravidão temporária na qual a sociedade torna-se proprietária de seu trabalho, para que assim repare-se o dano causado (BECCARIA, 2015, p. 83).

Um homem que viola os direitos de propriedade de outrem para alimentar-se, dificilmente poderia desembolsar a bagatela de vinte libras para escapar do chicote. As penas de fianças passaram a existir apenas para poupar as classes mais abastadas de penas mais duras (como a pena capital ou corporal) previstas nos códigos criminais da época, é um privilégio obtido em nome das riquezas que o homem possuísse ou o do estado que fizesse parte (clero ou nobreza). Inicialmente, a fiança tinha um caráter indenizatório, ou seja, servia para reparar os

danos causados à vítima. Com o passar do tempo começou a ser um mero meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. O crescimento massivo dos crimes contra a propriedade em relação a outros tipos de delito teve por consequência um aumento na aplicação de penas corporais, os castigos tornaram-se regra e adquiriam cada vez mais brutalidade. Um dos objetivos da política criminal na época era claramente destruir nos mendigos e vagabundos que circulavam pelas cidades.

As fianças começam a perder força a partir do século XVI quando as penas capitais e de mutilação passaram a serem os mais comuns métodos de punição. Dados da Inglaterra neste período, que podem nos fornecer uma ideia do que ocorria por toda Europa, evidenciam um gigantesco aumento destes métodos, estima-se que “72 mil larápios foram enforcados durante o reinado de Henrique VIII, e que sob Elizabeth vagabundos eram pendurados em fila, mais ou menos de trezentos a quatrocentos de uma vez” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 37).

A crescente no número de homens desprovidos de meios para própria sustentação foi determinante para um crescimento de criminosos profissionais na Baixa Idade Média, o que colaborou para a difusão de uma justiça criminal arbitrária que afeta apenas os afortunados. A pena de morte teria um caráter duplo, servindo como retribuição ao crime cometido, mas igualmente como instrumento pelo qual se eliminaria estes indivíduos indesejados, sob o pretexto de serem muito perigosos para ordem pública. As classes subalternas foram alvo principal para que direito penal pela aplicação de penas capitais, colocasse em prática o controle populacional nas cidades. Não é absurdo crer que a maioria dos crimes era punida com a morte, e que o mais importante cabia em como o condenado seria morto para produzir um espetáculo em torno daquela punição. A transição para o capitalismo entre os séculos XIV e XV na Europa marcou um momento de endurecimento das penas dirigidas às classes baixas. As penas atingiram um grau de crueldade extremo, e com o tempo, as penas de fianças foram diminuindo e abrindo caminho para as diferentes penas de privação de liberdade no século XVII. Não podemos, porém, apontar para a brutalidade humana da época como algo simplesmente irracional e primitivo. Devemos tratá-la como um fenômeno social que será compreendido apenas de acordo com as relações sociais presentes numa determinada sociedade (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 37).

Como vimos anteriormente, a transição para o sistema capitalista colaborou em dado momento para o aumento na rigidez das penas, porém, a partir do século XVI, passou-se a olhar com mais atenção para a economia política das penas. Por mais que decapitar um homem em praça pública possa, na visão dos códigos criminais da época, amedrontar os criminosos

tornando menos atrativo e proveitoso o cometimento de um determinado delito, esta punição não pode aproveitar-se do potencial produtivo daquele indivíduo. Presenciamos então a partir deste século uma crescente aplicação de penas que poderiam ser benéficas economicamente para o Estado e as classes altas. É importante destacar que a Baixa Idade Média não se caracterizou como uma época que carecia de força de trabalho nas cidades, logo, o sistema econômico e penal até então não procurava imputar nada para além do sofrimento extremo aos condenados. Não que a escravidão nas galés, por exemplo, não possa ser considerada uma pena dolorosa e perversa, mas esta certamente tem seu espetáculo de retribuição ao criminoso limitado.

Para Michel Foucault, o corpo ocupa posição central na aplicação e no cumprimento das penas, ele é um intermediário. Qualquer tipo de punição escolhida para um sujeito é meio de intervenção sobre o corpo, seja por privação de liberdade ou por meio de trabalhos forçados, com o intuito de privá-lo de um direito ou bem. O investimento político econômico no corpo é explorar força útil de trabalho do criminoso, e ele “só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso” (FOUCAULT, 2014, p. 29).

A partir do século XVI, com uma considerável queda populacional e aumento da escassez de mão-de-obra humana, os proprietários capitalistas do período mercantilista encontraram o obstáculo de altos salários e exigências de boas condições de trabalho cobradas pelos proletários livres que por vezes recebiam mais que seus patrões (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 47). Estas condições ofereciam grande ameaça à ordem hegemônica, portanto, as classes dominantes buscaram pelas mãos do Estado diferentes maneiras de se alcançar a tão almejada (pelos proprietários dos meios de produção) redução salarial dos trabalhadores.

Algumas das medidas adotadas pelo Estado para manter o *status quo* não eram de natureza penal, como as tentativas de estimular o aumento da taxa de natalidade, por exemplo, incentivar o casamento e garantir que as classes baixas tivessem meios de subsistência. Kirchheimer e Rusche destacam que outra ação do Estado foi tabelar os salários, estabelecendo um salário máximo a ser pago aos trabalhadores “para conter a alta dos preços da mão de obra, resultante da livre competição do mercado de trabalho” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 85). Por conta disto, foram proibidas as classes trabalhadoras de se organizar para decidir sobre questões trabalhistas, sendo estas cabidas ao Estado decidir. O Estado e as classes altas reforçaram com estas medidas a ideia de que é necessário que os salários sejam baixos para manter os homens trabalhando, e que a classe trabalhadora tem em qualquer tempo, que estar

sujeita aos interesses de ambos. Não por coincidência, os interesses destes são sempre os mesmos. Porém, não bastavam estas medidas para resolver o problema da escassez de força de trabalho. Alguns países adotaram a importação de criminosos de países vizinhos para servir o exército para suprir a falta de material humano a ser utilizado nas guerras. Mas nem de longe foi suficiente.

Ao final do século XVI, a figura do mendigo – o vagabundo ocioso – que anteriormente se encontrava na posição de eliminável, passa a representar uma boa oportunidade de obter um alto contingente de trabalhadores, ou seja, transformando a pena de meramente retributiva e intimidadora (prevenção geral) para “reeducadora” (C.f BARATTA, 2011, p. 191). A criminalização da mendicância em vários países da Europa como a Holanda, representa um marco importante na mudança dos métodos de punições. O Estado passa a utilizar com um novo propósito a força de trabalho que tinha em mãos (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, P. 67). Surge então uma instituição que visava explorar ao máximo uma força de trabalho antes inerte socialmente, a casa de correção. Esta profunda mudança nas formas de punição simboliza também uma mudança no modo como o poder faz uso dos corpos como instrumento de dominação, a partir de agora, disciplinando-os assim como traz a receita de Foucault para o bom adestramento (C.f FOUCAULT, 2014, 134). Corpos dóceis e obedientes de seus senhores, o poder econômico.

A primeira instituição desenvolvida para controlar o número de vagabundos e mendigos na Europa foi provavelmente a Bridewell na Inglaterra (Londres) em 1555, porém, foi na Holanda que as casas de correção tiveram um grau de desenvolvimento mais abrangente, devido ao fato de ser, no momento, o sistema capitalista mais avançado do velho continente e não dispor de suficiente força de trabalho humano (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 67). As casas de correção tinham como objetivo não apenas absorver o trabalho de sujeitos que anteriormente não disponibilizavam seus braços ao lastro do Capital, mas também, tornar socialmente útil o trabalho dos indesejados que são na verdade, operários em potencial. Segundo Rusche e Kirchheimer:

Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriam hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, P. 69).

A doutrinação da força de trabalho era a essência das instituições de correção. Em um sistema de produção capitalista, corrigir um comportamento humano é transformá-lo em um

tipo de comportamento que possa ser útil ao desenvolvimento deste mesmo sistema, no caso das casas de correção, por meio da indústria. O treinamento de trabalhadores eficientes era o principal motivo de preocupação do Estado (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.72). Porém, os administradores de algumas destas casas - como os *Hôpitaux généraux* (instituição fundada em Paris em 1656) na França - não se restringiram apenas ao trabalho de criminosos e passavam a admitir, para maximizar os lucros mediante o trabalho realizado nestas casas, pessoas necessitadas que no momento não pudessem se sustentar (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.70). Era importante para os administradores dos *Hôpitaux* sempre estar aperfeiçoando os métodos de produção dentro da instituição, os diretores de vários deles trocavam informações por correspondência, encorajando-se mutuamente para utilizar métodos que aproveitassem todo o material humano disponível nas casas (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.72). Apesar disso, as casas de correção ainda tinham como principal alvo os malfeitores. As *Rasp-huis* na Holanda, assim como as casas corretivas inglesas, por exemplo, eram compostas por jovens autores de infrações menores, ladrões, mendigos e vagabundos admitidos na casa por meio de mandado judicial ou administrativo (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 42).

Nas *Rasp-huis* se aplicava o modelo produtivo dominante no momento, a manufatura. A manufatura, segundo Dario Melossi,

[...] recrutava sua força de trabalho essencialmente em dois grupos sociais que tinham sido arruinados pelo desenvolvimento do capitalismo, dois tipos de pequenos produtores: os ex-artesãos e os ex-camponeses. Eram basicamente estes últimos – menos acostumados a trabalhar numa situação que era muito mais parecida, obviamente, com a do artesão do que com a do camponês – que povoavam as casas de correção (MELOSSI; PAVARINI, 2006 p. 45).

Logo, a estes trabalhadores menos adaptados ao modelo atual de produção muitas vezes não sobravam alternativas de sustento para além da delinquência, o roubo. Era então função da casa de correção, adaptar estes homens para o trabalho manufatureiro e que assim, estes poderiam se sustentar e ao mesmo tempo o sistema ampliaria a exploração de mais-valia sobre mais esta categoria de trabalhadores. Identifica-se aqui um processo de formação do proletariado, ou seja, a transformação do homem em “operário livre” (MELOSSI; PAVARINI, 2006 p. 35). Não era, como já afirmamos, a casa de correção apenas um local de produção de baixíssimo custo, mas seu principal objetivo era a disciplina da fábrica. Tanto a criminalização de condutas anti *status quo* quanto a doutrinação por meio de trabalhos forçados são formas de contenção da luta de classes. Além de neutralizar os indivíduos que incidam em condutas que se choquem com a ordem dominante, transformam estes homens em adaptados e pacíficos

legitimadores do sistema, que serão utilizados como meros instrumentos de reprodução do Capital.

Quanto à administração das casas, poderia ser direcionada à iniciativa privada ou feita por autoridades, que ocasionalmente também eram destinadas as mãos de um empregador privado, assim como na Bridewell, em que era comum a saída de detentos para destinar seus serviços a um particular. Já em Brandenburgo, todos os estabelecimentos eram arrendados por indivíduos privados (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 70 – 71). Estes dados deixam mais evidentes que os interesses por trás da reforma dos indivíduos tinham caráter econômico e que, o Estado, por essas e outras medidas – como a fixação de um imposto especial para as elas – deslocava cada vez mais esta atividade para entes privados. Porém, não se desloca das mãos do poder estatal, em momento algum, o poder de punir.

A presença do uso da religião como forma de impor a disciplina para os trabalhos forçados nas casas de correção era notável no desenvolvimento e funcionamento destas instituições (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 73). No entanto, esta é a primeira vez em que a religião (seja qual for a doutrina seguida, que variava conforme o país) passa para o segundo plano, era mais importante resguardar o funcionamento e produtividade dos trabalhos internos.

O fato de que a produtividade do trabalho recebia uma consideração prioritária tornou-se mais clara quando observamos que as obrigações religiosas tinham q ceder quando implicavam a redução da eficiência. Se a missa coincidissem com a primeira hora fixada para o começo do trabalho, ela era celebrada ainda mais cedo e o catecismo era omitido (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 74).

Até então a questão religiosa ocupava papel prioritário ideologicamente na administração das instituições do Estado. Isto não é o mesmo que dizer que a atuação das igrejas e religiões cessou ou diminuiu consideravelmente nas sociedades da época, porém, abriu caminho para uma nova forma de domínio ideológico. A ideologia de mercado ganhava espaço, e ocupava lugar prioritário em relação às doutrinas religiosas, tornando as motivações econômicas “força motriz do desenvolvimento destas instituições (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 82).

Está equivocado crer que a política criminal da época voltada para as casas de correção tinham sido “resultado de um senso de obrigação com os desvalidos. Era, outrossim, parte do desenvolvimento do capitalismo” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 80). O treinamento operário se justificava na “libertação” dos homens afortunados que não tinham habilidades suficientes para sobreviver na selva do capitalismo. Liberdade esta não em termos amplos de

emancipação humana, mas a liberdade de ser explorado por outro homem. É a escravidão de uma classe em face de seu próprio direito humano à propriedade privada na sociedade burguesa. Como afirma Marx, “a aplicação prática do direito humano à liberdade equivale ao direito humano à propriedade privada” (MARX, 2010, p. 49). O que na verdade, significa sacrificar o direito à liberdade de um para preservar a propriedade de outro, enquanto esta propriedade será a própria liberdade dos primeiros. Ao se livrar das correntes do cárcere, tem assinada sua carta formal de liberdade. Quando ficam os proletários livres da ineficiência e da tolice, o capital pretende drenar o trabalho e energia de cada um. No modelo das casas de correção, o cárcere funcionava como uma fábrica de “novos” homens dispostos a fornecer suas peles ao mercado, sem mais nada a esperar, além da despela (MARX, 2013, p. 251).

Entre o final do século XVIII e o início do século XIX as mudanças no quadro social acarretaram em significativas transformações no âmbito penal da época. Devido ao crescimento populacional, a escassez de mão de obra não era mais um problema a ser combatido pelos detentores dos meios de produção. Este fenômeno também é responsável por uma piora considerável nas condições de vida do proletariado, que aos montes perderam o emprego devido à crescente competitividade no mercado de trabalho e também à introdução de novas máquinas nas fábricas.

Sobre o excedente no contingente de trabalhadores e a introdução de máquinas na Inglaterra do século XIX Engels afirma:

Nas condições sociais vigentes, as consequências de todos os aperfeiçoamentos mecânicos são desfavoráveis aos operários, e o são em alto grau: qualquer máquina nova provoca desemprego, miséria e infortúnio e, num país como a Inglaterra, onde já se encontra permanentemente uma “população excedente”, a perda do trabalho é, na maioria dos casos, o que de pior pode acontecer a um operário (ENGELS, 2010, p. 178).

A combinação aumento populacional e desenvolvimento tecnológico industrial era fatal aos trabalhadores daquele momento como pudemos ver. Um número considerável de trabalhadores ingleses perdeu seu trabalho, sendo esta massa abandonada à própria sorte para tentar arranjar outro meio de subsistência. Um alto contingente de trabalhadores era tudo que a burguesia mais ansiava para poder contratar mão de obra a preços os mais baixos possíveis. Importante destacar que por volta do século XVI encorajava-se qualquer forma que visasse o aumento da população, como o incentivo ao casamento de pessoas de classes subalternas, que encheriam o mercado de homens aptos para o trabalho e prontos para serem explorados ao máximo de seu potencial produtivo. Esta lógica inverte-se a partir de agora, visto que o mercado de trabalho já estava saturado, um aumento na população pobre poderia acarretar em malefícios

e incômodos à ordem burguesa, como a incidência na criminalidade por falta de emprego e nos vícios das classes subalternas. Rusche afirma que o argumento da época para um controle maior no casamento e o nascimento de filhos nas classes menos abastadas era de que “todas as medidas introduzidas para encorajar o casamento dos pobres só poderia encher a terra de mendigos e indigentes, cujas crianças seriam encaminhadas a uma vida de vício e vergonha” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 130). Leis de emigração também se flexibilizaram, não havendo mais restrição para a liberdade de locomoção dos indivíduos em alguns países europeus por não haver mais esta necessidade (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 133). No tocante às leis sobre a mendicância, transformou-se a interpretação sobre o crime, sendo então apenas considerada transgressão em tempos os quais não fossem dotados de qualquer exército industrial de reserva (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 133). Toda esta política populacional do mercantilismo fora, então, abandonada.

Quando falamos em exército industrial de reserva, referimo-nos ao conceito marxista do termo, que se resume a existência de uma reserva de força de trabalho que se encontra inativa no momento (desempregada). Este exército de reserva de trabalho é considerado por Marx inerente à sociedade capitalista. Bottomore sintetiza de forma didática o conceito:

O crescimento do capital aumenta a demanda por trabalho, mas a mecanização substitui os trabalhadores por máquinas e, com isso, reduz essa demanda. A demanda líquida por trabalho depende, portanto, da força relativa de cada um desses dois efeitos, e são precisamente essas forças relativas que variam de modo a manter o exército industrial de reserva. Quando o efeito do emprego é mais forte do que o efeito da dispensa da força de trabalho e atua por tempo suficiente para esgotar o exército industrial de reserva, a escassez de força de trabalho disso resultante e a aceleração dos salários fortalecerão automaticamente a tendência à dispensa em detrimento do emprego. Uma elevação dos salários reduz o crescimento do capital e, portanto, do emprego, e juntamente com a escassez do trabalho, intensifica o ritmo de mecanização e, portanto, de dispensa de trabalhadores. Dessa forma, a acumulação de capital reabastece automaticamente o exército industrial de reserva (BOTTOMORE, 2012, p. 213).

A burguesia da era da revolução industrial não teria mais de se preocupar com falta de braços para explorar mais-valia, ao contrário, quem ficava cada vez mais a mercê dos interesses produtivos burgueses eram os proletários que, como mercadorias, não só estavam à disposição do lastro por um preço mais baixo, como se tornava facilmente descartável caso exigisse demais do benevolente empregador. Para Engels, só restaria duas alternativas o operário inglês para fugir do desespero desta condição: se revoltar contra a burguesia ou o alcoolismo e a degradação (ENGELS, 2010, p. 178). Por óbvio, as classes dirigentes perceberam a possibilidade de estas condições adversas serem um fator em potencial para uma revolução do proletariado,

reformando as formas de assistência aos pobres (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 134-135). O argumento, claramente, era de que o Estado tinha o dever de assistir os pobres, e não de que isto poderia se transformar em revolução (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 134-135).

A burguesia bradava por livre comércio, com forte influência em Adam Smith, disseminavam que o ideal liberal da livre concorrência seria favorável para as condições de trabalho e contrato das classes trabalhadoras, e deveria substituir a antiga regra que regulava os termos do contrato. Vale lembrar o teor e o momento histórico da criação das leis que regulavam os salários dos trabalhadores. Estas regulações surgiram, como já explicitamos em um dos sub capítulos anteriores, em um momento em que a escassez de mão de obra permitia que o proletariado exigisse altos salários no contrato de trabalho, o que ia à contramão do interesse da classe. Em virtude disso, as classes dominantes se utilizaram da regulação estatal para estabelecer um limite máximo de exigência salarial, sob o argumento de não prejudicar as atividades econômicas em questão. Ora, mas então convém agora que se introduza uma maior liberdade para dispor do contrato, visto que isso só tem a beneficiar a burguesia e prejudicar proletariado que em virtude do excedente de trabalhadores existentes no mercado, não poderia usufruir desta liberdade com muito proveito. Rusche explica quais foram os efeitos desta mudança:

Se a escassez da força de trabalho tivesse perdurado, o trabalhador certamente poderia se beneficiar dessa nova liberdade, pois ele poderia elevar o preço de sua mão de obra. Entretanto, uma vez que o mercado de trabalho estava saturado, os trabalhadores foram mais oprimidos que nunca e os salários baixaram (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 127).

Os moldes das relações de trabalho passaram, com esta nova forma de liberdade introduzida, a ser cada vez mais ditados pelo poder econômico, e os detentores desse poder inescrupulosamente não poupariam esforços para tornar isso, uma fonte extremamente lucrativa. Os mecanismos de fixação de salários máximos já não eram mais interessantes para a burguesia, que se aproveitaria do excedente de homens criado para impor, sob a égide da liberdade contratual, suas próprias condições de trabalho aos trabalhadores. A questão é: Quanto vale para a burguesia a vida de um homem “livre”?

Desta maneira, o trabalho que era nos tempos da casa de correção considerado uma obrigação, passa ser agora um direito. Direito este o qual era frequentemente abordado com prioridade nos movimentos socialistas da época, que chegaram a temporariamente conquistar fim dos trabalhos carcerários em 1848, mas que foram reintroduzidos logo em seguida (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 135-136). A fábrica, com o trabalho livre, tomou o lugar

das casas de correção, pois este tinha um potencial produtivo superior e requeria um investimento menor do que aquelas. Ou seja, a substituição ocorreu devido ao fato de que as fábricas eram um caminho mais fácil para um maior índice de exploração e lucro por parte da burguesia.

Por fim, as relações de exploração de mais-valor dos encarcerados se encerravam com o excedente de trabalho livre produzido pelo próprio capital. Mas está inteiramente incorreto afirmar que em virtude disso o trabalho agora é trabalho essencialmente livre. Os homens que antes foram treinados para se tornar mercadorias, tomam agora sua forma plena na relação de possuidor *versus* mercadoria, a de homem-mercadoria, que crê cegamente ser livre.

### 3 A IDEIA DE CONTROLE SOCIAL NO NEOLIBERALISMO (PÓS-MODERNIDADE)

Sempre que falamos em manutenção do *status quo*, estamos automaticamente falando em controle social. Os principais aspectos do controle social são a constante vigilância e a estigmatização de indivíduos e grupos sociais. Primeiro, rotula-se o indivíduo criminoso, taxa-se um determinado grupo com uma marca específica, o desviante. Após isso, etiquetados os monstros de nossa sociedade, estes estão submetidos a um constante estado de vigilância, sendo ele moral, social e penal. Os indivíduos que frequentam o sistema penal pela primeira vez se tornam eternamente criminalizados, os grupos sociais mais vulneráveis da sociedade acabam se tornando os mais atingidos pelo processo de estigmatização social e penal. Não é mera coincidência que as abordagens policiais em bairros pobres e contra sujeitos de pele negra sejam extremamente mais violenta e abusiva que as realizadas com os brancos de classe média, muito menos que as prisões arbitrárias cometidas pelas autoridades policiais sejam predominantemente em face de jovens negros de classe baixa.

A mídia tem um papel fundamental na disseminação dos estigmas sociais e do medo. Os programas sensacionalistas apresentam a exceção (violência sexual contra crianças e homicídios) como fosse a regra nos índices de violência urbana, espalha um medo irracional perante sociedade em relação ao crime e aos criminosos. A necessidade de mais controle se inicia, ideologicamente, a partir da ideia de que a barbárie reina nas ruas de nossos bairros, que os estupradores e homicidas estão por aí rondando as escolas de nossos filhos. Esses e outros aspectos são cruciais nos processos de criminalização social, são etiquetas para identificação do mal, para o controle dos bárbaros e indesejados.

Uma das mais cruéis facetas do panoptismo punitivo moderno é a do estigma social. Não que seja um aspecto novo nos estudos da criminologia crítica, muito pelo contrário, mas pelo acesso a informação ser muito menos limitado que nos séculos passados, assim se cria a imagem dos indesejados de maneira muito mais eficiente e perversa. Não focaremos o estudo desse processo nas atuações midiáticas, porém, é inegável que os meios de comunicação colaboram muito para a inversão da presunção da inocência quando expõem os rostos de possíveis criminosos em seus programas policiais sensacionalistas. Colaboram diretamente para a demonização dos indivíduos e para eternizar sua condição de criminoso. Uma espécie de pornografia da violência toma conta dos meios de comunicação.

Vejamos o exemplo dos delinquentes sexuais nos Estados Unidos da América. Oprah Winfrey, a rainha dos *talk shows* norte americanos, chegou a oferecer recompensas pessoais em seu programa para aqueles cidadãos que fornecessem informações que pudessem resultar na captura de condenados ou suspeitos de terem cometido crimes sexuais, disponibilizava em seu site o retrato de vários delinquentes e as formas as quais se poderia denunciá-los, oferecendo como recompensa a bagatela de 100 mil dólares (WACQUANT, 2003, p. 359-360). Porém, as novas técnicas de etiquetamento não se limitaram a caçar os monstros foragidos ou suspeitos, foram além dos limites do cárcere perseguindo os delinquentes sexuais após cumprirem suas penas. Em liberdade, os ex-delinquentes sexuais, que deveriam estar no caminho da reabilitação, passaram a ter de se submeter a diversas exigências, que variavam de acordo com a legislação de cada estado.

As leis de Megan (surgiram após uma menina de New Jersey Megan Kanka ter sido violentada e assassinada por um pedófilo que vivia em frente sua casa sem que ninguém tivesse conhecimento) tiveram um efeito doentio na legislação de vários estados da terra do Tio Sam, os monstros estavam à solta, e algo precisava ser feito em relação a isso. Diversas legislações diziam respeito a dar publicidade aos criminosos recém libertados, a ideia era mostrar para a população de cada bairro quem eram os perversos que estavam por perto de suas residências, para que assim pudessem tomar os cuidados necessários com suas crianças. No Alabama, a imagem dos ex-delinquentes sexuais é anexada às paredes das delegacias mais próxima de onde residem já na Louisiana a legislação foi além, o próprio sujeito deve revelar sua condição aos seus vizinhos e autoridades responsáveis por ambientes com crianças (escolas, parques, etc), sob pena de um ano de prisão e uma multa de 1 mil dólares, deve também mandar publicar (por sua conta) uma nota no jornal local informando sua localização (WACQUANT, 2003, p. 364).

Além disso, a lei autoriza que o próprio público notifique sua presença, sendo possível até colar adesivos no pára-choque dos carros dos próprios delinquentes (WACQUANT, 2003, p. 364).

A obsessão *Yankee* foi além dos absurdos deveres de auto-exposição dos ex-delinquentes sexuais. Nas feiras organizadas nos bairros havia uma nova atração para os freqüentadores, os chamados “outing” dos *sex offenders*. Eram barracas as quais os cidadãos de bem poderiam ter livre acesso a informações relativas aos ex-perversos que estavam localizados perto de onde moravam, com um clique e altas emoções, se descobria se existiam e quem eram os monstros que habitavam as redondezas (WACQUANT, 2003, p. 367). As feiras tiveram o resultado esperado, diversos perversos foram identificados e expostos aos seus vizinhos e colegas de trabalho, muitos deles perderam o emprego e passaram a ser marcados como tal. Os *sex offenders* eram excluídos socialmente e empurrados para marginalidade, alguns deles cometiam suicídio após serem revelados e muitos tinham a reputação familiar destruída, seus atos passados manchavam a honra de seu sobrenome. Todo esse processo de espetacularização de monstros era baseado em informações extremamente imprecisas. Muitos dos endereços cadastrados no sistema estavam incorretos, ou pela morte de um ex-delinquente que antes ali residia ou pelo fato de ter se mudado sem informar as autoridades. Muitos homens que nunca haviam cometido crimes sexuais tinham seus endereços cadastrados, vários outros que constavam no sistema teriam cometido atos que não eram mais considerados crime (como as relações homossexuais entre adultos e adultério, por exemplo). Sem contar que uma grande quantidade dos condenados por crimes sexuais jamais reincidiram, alguns deles teriam cometido o delito 20 anos atrás sem nunca ter voltado a delinquir (WACQUANT, 2003, p. 381).

As novas formas de vigilância e estigmatização extrapolam os limites do cárcere, vão além da condenação criminal e do cumprimento da pena, a perseguição aos delinquentes sexuais se estendeu para a além de suas sentenças. Suas vidas fora da prisão estariam limitadas ao que seus rótulos permitissem. Empregos medíocres, ausência de relações amorosas e completo isolamento social, a marginalização e a depressão poderiam levá-los à apenas dois diferentes caminhos: Retornar à prisão ou o suicídio. É nítido que esse novo populismo punitivo em relação aos *sex offenders* abandonou completamente a função ressocializadora da pena, a reinserção social dessa figura criminosa foi substituída pela pura neutralização do grupo. Segundo Wacquant, essa nova política “prioriza a reação, a incapacitação e a supervisão rigorosa de categorias inteiras de condenados” (WACQUANT, 2003, p. 377), não se trata mais de reabilitar, mas de conter e neutralizar esses grupos.

As informações que deveriam servir para a segurança dos cidadãos se tornaram a fonte de um medo irracional por parte da população, visto que uma boa proporção dos endereços que constavam nas *outings* estavam incorretos (WACQUANT, 2003, p. 380). Pesquisas feitas na época apontavam que “menos de um a cada três ataques sexuais no país são reportados com vistas à punição legal” (WACQUANT, 2003, p. 387-388), o que demonstra que uma quantidade muito inexpressiva de delinquentes sexuais são conhecidos como tal. Aí cabe uma interessante reflexão: só é um delinquentes sexual aquele que é taxado como tal, não é o fato de ter violentado alguém, mas de ter sido pego o fazendo. O que cria um curioso paradoxo entre uma falsa sensação de segurança experimentada pela revelação de alguns *sex offenders* e um medo irracional decorrente das informações deturpadas sobre quem são, quantos são e onde estão os ex-delinquentes. Ademais, o efeito desse processo de estigmatização produz uma forma de penalização secundária, que atinge diretamente seus familiares, o que ocasiona também na exclusão dessas pessoas.

Por fim, identifica-se que a função reabilitadora da pena é completamente deixada de lado quando se trata de crimes sexuais e a prisão é tomada como principal meio de contenção, não havendo maiores tentativas em tratar os condenados para que não reincidam. A neutralização e retribuição como principais objetivos da pena substituem o caráter disciplinar e corretivo o qual se dava ênfase nos séculos passados. É evidente que a análise é outra quando se parte dos crimes patrimoniais, mas esse ranço do retributivismo não se limita nos dias de hoje apenas aos *sex offenders*.

#### 4 DESVIANTES QUE NÃO DESVIAM?

O sujeito desviante é aquele o qual viola as regras sociais impostas em um determinado grupo social, o indivíduo que viola ou não se encaixa no padrão das formas de comportamento aceitáveis pelo grupo é encarado pela sociologia do desvio como *outsider* (BECKER, 2008, p. 15). O desvio pode ser qualquer violação do padrão previamente construído em uma determinada sociedade. Seja o homossexualismo em uma sociedade majoritariamente heterossexual ou o infrator penal. Para Howard Becker, o fator central acerca do ato desviante, ou do desvio em si, é que ele se cria a partir do que a sociedade constrói como desvio, não existe o desvio como algo ontológico, mas como construção social (BECKER, 2008, p. 21). Como vimos anteriormente, o crime, assim como o desvio, é uma construção social, o rótulo do *outsider* ou do criminoso é imposto a um determinado grupo de pessoas as quais de certa forma

foram completamente esquecidas ou ignoradas na construção da sociedade como ente coletivo, seja por sua conduta simplesmente não se encaixar no que se espera dele como indivíduo (caso do homossexual, por exemplo), ou pelo fato de que o conjunto de regras que baliza o meio social é desfavorável para pessoas que se encontram em uma específica classe social.

Portanto, não há de se falar em desvio sem que questione a origem dessas regras e a reação dos indivíduos em relação a cada conduta considerada como desviada. Para Becker, “o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um infrator” (BECKER, 2008, p. 22). Logo, a conduta desviante é aquela rotulada como tal, onde o rótulo foi aplicado ao indivíduo com sucesso (BECKER, 2008, p. 22).

Em uma sociedade de classes, as regras sociais são sempre oriundas dos ideais e das necessidades da classe dominante, assim como as leis eram um reflexo da ideologia burguesa na pós-revolução francesa, atualmente o cenário não se distancia de uma dominação de classe pautada nos interesses dos dominantes, uma lei penal que privilegia as classes abastadas e torna fiel cliente as classes subalternas. Dessa forma, o desvio em uma sociedade capitalista estará muitas vezes relacionado aos atos que sejam uma afronta ou uma forma de contestar a dominação econômica da classe dominante, seja o furto ou a pirataria. As classes baixas são sistematicamente privadas de formas legítimas de ascensão social, restando-lhes muitas vezes apenas meios ilegítimos para alcançar os sonhos criados pela propaganda liberal. A ideia de *self made man* dos norte americanos, o homem que se constrói sozinho socialmente e financeiramente sem a ajuda de ninguém, um homem que mediante seu próprio esforço conquistou os céus e o mar, esse homem está morto, se é que um dia ele viveu. Enfim, a construção do desvio é uma questão de poder econômico e político, moldado a partir dos interesses pela manutenção do sistema que beneficie as classes ricas, pois são estas que fazem as leis, são elas as “impositoras” de regras.

O processo de rotulação é uma forma de estigmatização criminal que funciona no sentido de atribuir ao indivíduo criminalizado uma forma padrão de conduta de acordo com um determinado grupo social, no caso, exercendo o papel de fortalecer ou moldar carreiras criminosas. A ideia do rótulo que se atribui a alguém, segundo Juarez Cirino, acarreta nas seguintes consequências:

Assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante a formação de carreiras criminosas e

criação de subculturas criminais através da aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados (DOS SANTOS, 2008, p. 20).

Vejamos com relação ao aspecto de assimilação do grupo ao comportamento criminoso que muitos dos infratores se vêem na figura do “ladrão” antes mesmo de cometer um delito na vida. Nas periferias é muito comum observar que a cultura da criminalidade se difunde com facilidade nos ambientes compostos por jovens, que se criam sob a impossibilidade de ter acesso a diversas formas de lazer, diversão e consumo, e da mesma forma, encontram um ambiente extremamente propício para adentrar a uma cultura alternativa onde possam estar mais perto da terra prometida. A cultura do crime tem facilitada a sua disseminação a partir do momento que o sujeito alvo da criminalização e das mazelas produzidas pelo sistema capitalista se concentra em regiões afastadas, esquecidas e precarizadas, aproximando todos esses indivíduos mais vulneráveis. Os dedos que se apontam para as classes mais expostas e passíveis de ingressar na criminalidade têm o poder muitas vezes de fazer com que o próprio sujeito, a partir do momento de sua rotulação, passe a acreditar que é de fato um criminoso, ao assimilar os julgamentos externos com relação à sua personalidade e condição social com sua conduta anterior (ou muitas vezes com uma conduta na qual nem incidiu) (YOUNG, 2002, p. 175).

As subculturas são basicamente uma forma de estabelecer em um determinado grupo social excluído dos meios legítimos de acesso a determinados bens, formas de lazer, moradia, entre outros direitos, uma forma de cultura diversa que possibilite de alguma forma o gozo desses direitos por parte dessa classe marginalizada. Sendo então considerados ilegítimos estes meios (BARATTA, 2011, p. 70). A sociologia do desvio (assim como os teóricos das teorias das subculturas) em muitos momentos coloca diversas condutas criminosas como um desvio. Porém, se desvio é algo que vai de encontro com o padrão imposto pela sociedade, estaria correto fazer esta afirmativa? Devemos manter em mente que o crime é uma construção social, ou seja, nesse caso, seria considerado crime uma conduta considerada ilegítima pelo ordenamento para se alcançar um determinado resultado. Por exemplo, um sujeito que rouba para adquirir uma moto 0/KM é desviante ou criminalizado? O fato de só poder adquirir um bem específico mediante um ato ilegítimo, tendo em vista suas condições financeiras e de oportunidade, apenas o cataloga no rol dos indivíduos criminalizados, não sendo necessariamente um desviante. Afinal, se partirmos do pressuposto que vivemos em uma sociedade fomentada pelo consumo, pela necessidade de ter bens, como poderíamos considerar *outsider* o homem que pensa nos padrões da ideologia dominante? Um homem dominado pelo prazer e vontade de consumo, independente dos meios os quais encontra para fazê-lo, é um

sujeito que assimilou de forma plena os valores éticos da sociedade do consumo, sendo no mínimo contraditório encaixar-lo no conceito de desviante.

Tomemos um exemplo que demonstra bem esse fenômeno. No ano de 2014, diversos *Shoppings Center* foram tomados por eventos denominados “Rolezinho”. Em sua maioria, os Rolezinhos aconteciam nos estabelecimentos da grande São Paulo, mas se espalharam pelo país inteiro com o passar do tempo. Consistia em um encontro de jovens da periferia ao redor dos estabelecimentos para conhecer novas pessoas e “ostentar” roupas e acessórios de marca. O Rolezinho teve uma enorme repercussão pela mídia brasileira, mesmo que esses jovens não estivessem lá presentes para cometer nenhum tipo de delito, eram vistos com maus olhos pela população de classe média que frequentava os estabelecimentos. Essa irritação com a invasão periférica aos locais de lazer dos mais abastados resultou numa maior atividade policial e dos *Shoppings* em relação às reuniões. Os jovens passaram a ser barrados dos estabelecimentos, e se desrespeitassem a ordem, estariam passíveis de ser constrangidos pela polícia. A classe média sentia repulsa ao ver a periferia frequentando seus espaços, tem pavor de ver pobre querendo ser rico. Esse fenômeno detalha com perfeição o que estou tentando demonstrar, é um processo de criminalização, de neutralização de classe. Não se trata aqui de um sujeito que não se encaixa nos padrões da sociedade de consumo, do desviante, mas sim de um ódio de classe que alimenta os processos de estigmatização e criminalização, que colabora para a destruição da periferia, ou pelo menos, que faça com que ela continue lá, bem longe de seus olhos verdes e comprados. A mensagem é bem clara: aos clientes da miséria, vocês podem existir, mas se ponham no seu lugar. Pois esse mundo não foi feito para nós dois.

## 5 AS ANTIGAS FORMAS DE DISCIPLINA E AS NOVAS-VELHAS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL

Como já pudemos observar a prisão por muito tempo serviu como forma de controle social pela disciplina dos prisioneiros ao mercado de trabalho, a ideia de tornar seus corpos aptos e dóceis para que se pudesse explorar sua força de trabalho de maneira cada vez mais ilimitada, consolidando um processo de “transformação do criminoso em proletário” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 211). A ideia do cárcere como fábrica de homens era baseada em um modelo de pedagogia penitenciária, exercia-se diversas formas de controle para que se fizesse valer os interesses em subordinar a massa criminoso que se “hospedava” nos complexos prisionais. O panóptico era o modelo de controle ideal para disciplinar os prisioneiros.

Idealizado por Jeremy Bentham, o panóptico é um mecanismo de controle materializado na ideia de os indivíduos estarem sob constante vigilância, mesmo que não saibam que estão sendo vigiados, devem ter a certeza de que podem estar sendo observados (BENTHAM, 2008, p. 19-84). Esse modelo não se limita aos presídios, ele pode ser aplicado em hospitais, escolas, manicômios e locais de trabalho. Mas vamos nos resguardar a fazer a análise do panoptismo no modelo carcerário. O panóptico é uma construção arquitetônica circular, existe uma torre central a partir da qual se têm o poder de enxergar todo o resto do complexo, espaços os quais seriam destinados às celas dos condenados, e a torre central seria o local dos vigilantes (Bentham os convencionou chamar de inspetores) (BENTHAM, 2008, p. 20-21). Os prisioneiros estariam separados pelas celas de forma a não ter contato uns com os outros, o que facilitaria o processo de subordinação, impedindo que estes pudessem se unir ou trocar experiências. Esse modelo panóptico, a torre central em um espaço circular que permitia uma visão ampliada e dessa forma o controle visual total do ambiente, funciona como um olho que tudo vê, mas que não pode ser visto.

Foucault fará uma análise aprofundada e crítica do panoptismo de Bentham. Para o autor francês essa arquitetura em forma de anel funciona como garantia da ordem, é o que impede rebeliões, fugas e complôs dos condenados, é esse sentimento ininterrupto de estar sendo observado que os mantém na linha, os impede internamente de contestar o poder exercido sobre eles (FOUCAULT, 2014, p. 194-195). Para o filósofo francês, “O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto” (FOUCAULT, 2014, p. 195). Essa é a grande força do modelo panoptista, gerar a certeza de que qualquer deslize, qualquer desvio de conduta, será ou poderá ser correccionado. É esta visibilidade constante, segundo Foucault, “que assegura o funcionamento automático do poder” (FOUCAULT, 2014, p. 194-195). É dessa forma que o panóptico se propõe a manter a ordem nas penitenciárias, nos hospícios, nas escolas, nas fábricas. No caso em tela, nas fábricas se tinha o total controle do trabalho carcerário dos operários, consolidando com sucesso o processo de domesticação dos criminosos. Por fim, a ideia do panóptico é de que assim se faria o controle social para fins de fazer manutenção do sistema econômico da época.

Devemos atualizar a teoria do cárcere e fábrica observando os aspectos da nova sociedade punitiva, do modelo neoliberal de capitalismo. Atualmente o que se vê nas nações que mais encarceram no planeta (falemos de Brasil e Estados Unidos) é a existência de um alto excedente de força de trabalho, e conseqüentemente, muitos homens e mulheres

desempregados. Muitos desses indivíduos acabam então recorrendo à criminalidade de rua como forma de suprir suas necessidades, outros recorrem ao mercado informal e alguns optam por mercados clandestinos para obter uma renda (como os camelôs, por exemplo). O cárcere então abandonou sua função de disciplina de inserção no mercado de trabalho, visto que não há mais espaço para esses sujeitos no mercado. O encarceramento adquiriu novas funções, algumas delas resgatadas do período pré-iluminista, funções essas que buscavam readaptar-se às novas condições do sistema econômico vigente.

As novas-velhas funções da pena no modelo neoliberal podem ser reduzidas a quatro conceitos: retribuição, neutralização, precarização e dessocialização. Por retribuição, resgatamos a ideia da pena como forma de vingança, como dar o troco na mesma moeda, atribuindo à pena a ideia de proporcionalidade oriunda dos pensadores iluministas. Neutralização pelo fato de esses sujeitos considerados desviantes, ou monstros, não tem espaço em nossa sociedade, não há a menor necessidade em reintroduzi-lo no corpo social. Dessa forma, alimentado pelo ódio que se cria a partir da figura daquele sujeito, a melhor alternativa de cuidar do problema é isolar o indivíduo, excluí-lo completamente do convívio social. Por dessocialização, é importante lembrarmos do fenômeno do Rolezinho, onde jovens da periferia reuniam-se para ostentar roupas de marca. Como constatamos, atribuir a esses indivíduos o rótulo de desviantes é extremamente contraditório, tendo em vista que são pessoas que se encaixa no perfil do sujeito com vontade de consumo, apenas sem o poder de consumo. Nesse sentido, a dessocialização se faz necessária para neutralizar nesses indivíduos os desejos de ascensão social, destruir os sonhos previamente propagandeados pelo sistema e conformá-lo de que este não é seu lugar ao sol. É da mesma forma que os trabalhos carcerários anteriormente, uma forma de disciplina social, uma forma de colocar as classes subalternas em seu devido lugar, sem que tentem fugir de seu exílio pessoal, um exílio da alma. É, portanto, uma técnica de seletividade de valores e papéis sociais. Por último a ideia de precarização. Para Wacquant, “o sistema penal contribui diretamente para a regulamentação dos segmentos mais baixos do mercado de trabalho” (WACQUANT, 2008, p. 11), visto que os processos de estigmatização oriundos da criminalização tornam o ex-presos mais descartável, o que possibilita que os empregadores ofereçam trabalhos com baixos salários e péssimas condições de labor (WACQUANT, 2008, p. 11). Muitos ex-detentos vão para informalidade, como trabalhos sem carteira assinada, sem benefícios, baixos salários e com alta carga horária de trabalho, outros para ilegalidade (como os camelôs ou vendedores de DVD's pirata). Fora o fato de que dificilmente o estigma de criminoso lhe permitirá alcançar um trabalho considerado de alto

escala. A ideia de ressocialização, de inserção na sociedade pela escolha do bem e não do mal, se torna cada vez mais inviável para os criminalizados, que muitas vezes não encontram outra saída que não a reincidência criminal.

Vejamos que essa adaptação surte em benefícios para as classes dominantes, a precarização, por exemplo, permite o empresariado explorar a força de trabalho das classes baixas de forma mais lucrativa. Por fim, observemos essa questão pelas palavras do próprio Wacquant, que afirma que a ideia da precarização é

o de facilitar o crescimento da economia informal e de empregos abaixo da linha da pobreza, e o faz gerando continuamente um grande volume de trabalhadores marginais que podem ser explorados sem quaisquer escrúpulos. Ex-detentos dificilmente podem exigir algo melhor que um emprego degradante e degradado em razão das trajetórias interrompidas, dos laços sociais esgarçados, do status jurídico ignominioso e do amplo leque de restrições legais e obrigações civis implicadas (WACQUANT, 2008, p. 11).

Dessa forma, é possível concluir que as adaptações tanto da pena quanto das relações de trabalho nos diversos modelos econômicos se fazem na medida em que o sistema cria novas necessidades, tais adaptações são novas formas de assegurar a conservação e perpetuação de um sistema injusto, desigual e violento.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa analisamos como os sistemas econômicos são a força motriz do desenvolvimento do cárcere e do direito penal. Os moldes das punições se transformam de acordo com as necessidades e interesses das classes de poder. Vimos que em momentos em que havia um déficit de trabalhadores aptos e os salários por consequência estavam em alta, o cárcere se tornou alternativa para a disciplina dos corpos ociosos para o trabalho da fábrica. Gerado o excedente esperado, os moldes dos contratos de trabalho se alteraram, o que antes regulava os salários para que os operários não exigissem altas remunerações em virtude da baixa competitividade passou a ser flexibilizado, de forma que o empregador poderia regular os salários mediante a nova alta competitividade no mercado.

Destacamos a flagrante conexão entre teoria política e criminalização. Demonstrando que os processos de criminalização, além de estarem submetidos aos interesses econômicos dos dominantes, eram oriundos de políticas adotadas pelos representantes dessas classes altas.

Apresentamos as idéias de controle social e estigmatização como coisas que se complementam de certa forma. As técnicas de estigmatização e etiquetamento são nada mais

nada menos que uma forma de controle social, uma maneira de catalogar indivíduos e vigiá-los. Abordamos nesse sentido, o tratamento da lei penal norte americana aos delinquentes sexuais, o panoptismo penal de Bentham e a crítica de Foucault, as teorias das subculturas criminais, e os conceitos de desvio e rotulação. Ao final do trabalho, pudemos constatar que as funções da pena atualmente não estão mais ligadas ao cárcere e a fábrica diretamente. Mas que se transformaram de acordo com as demandas do neoliberalismo.

Dessa forma, mesmo que o sistema molde diferentes formas de contenção social, a partir das necessidades de controle atuais, vê-se que a função suprema do direito penal e da criminalização é e sempre foi uma só: a manutenção da ordem econômica hegemônica. A prisão, a segregação social e a repressão estatal pesada são mecanismos de contenção da luta de classes que é inerente a qualquer sociedade que se ramifique em castas sociais, elas servem única e estritamente para tentar manter em pleno funcionamento nosso sistema econômico que é gerador das maiores barbáries e desigualdades da sociedade atual.

Conclui-se então que as novas funções da pena são basicamente quatro. Primeiro, a ainda existente ideia de retribuição, demonstrada pelo *quantum* de pena aplicada em comparação de crimes mais gravosos com os de menor potencial ofensivo. Neutralização, para isolar os indivíduos os quais não se encontram aptos para retornar ao convívio social, aspecto que confirma a incapacidade do Estado em recuperar aqueles sujeitos a partir da sanção penal. Precarização (do trabalho e do próprio ser humano), no sentido de imprimir o rótulo de criminoso ao ex-detento, o qual o fará sujeitar-se às condições de trabalho mais desfavoráveis, pela terceirização, trabalhos informais ou clandestinos, devido ao processo estigmatizatório que sofre ao sair do cárcere, isso quando não se torna reincidente. Por fim, a dessocialização, que na contra mão da ideia de ressocialização (inserção do sujeito nos padrões sociais e de mercado) tem como objetivo determinar o lugar de certas classes sociais dentro do corpo social, destruindo sonho de ascensão por parte das classes marginalizadas, tão lapidado pela propaganda capitalista, o sonho do consumo, deixando claro qual o seu lugar de atuação no nosso sistema, nos trabalhos mais subalternos possíveis e de forma dócil. Ou seja, sem revolta, sem desejos e sem ansiar vãos maiores.

## 7 REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro, Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

BOTTOMORE, Tom. (Org.). **Dicionário do pensamento marxista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Boitempo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 42 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da economia política: Livro I: O processo de produção do capital**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

WACQUANT, Loïc. **O lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza**. [S.l.]: Novos Estudos, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

## ATENDIMENTO À FAMÍLIA, À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE CONFORME ARTIGO 101 INCISO IV DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

*Jéssica Pain Duarte\**  
*Joelma Souza Pain\*\**

**Palavras-chave:** serviço de atendimento a famílias; PAEFI ilha; violação de direitos;

**Resumo:** A respectiva pesquisa teve como objetivo responder a seguinte questão: Existem em Florianópolis instituições que atendam as famílias e indivíduos que vivenciam violação dos seus direitos e necessitam de auxílio conforme artigo 101, inciso IV do Estatuto da Criança e Adolescente? Essa prescrição legal tem como objetivo garantir que famílias que tiveram seus direitos transgredidos possam ter algum tipo de amparo haja vista que, conforme Constituição Brasileira, tal grupo humano se constitui como “a base da sociedade”. A pesquisa configura-se como um Estudo de Caso e como instrumento de coleta de dados foi utilizado a entrevista semi estruturada. Verificou-se que existe em Florianópolis uma instituição que atende as especificações do artigo supracitado, as quais são desenvolvidas pelo Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI-Ilha), em Florianópolis – Santa Catarina, e operacionalizado pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS). Esse programa tem como foco principal o apoio, orientação e acompanhamento às famílias de forma a romper situações resultantes de violações de direitos. Mediante a pesquisa, observou-se que é possível o restabelecimento social, afetivo e psicológico de famílias que tiveram crianças ou adolescentes sob algum tipo de violação de direitos. Constatou-se ainda que dificilmente uma família que já recebeu atendimento do PAEFI apresente residência da violência revelando assim a eficácia e eficiência do trabalho desenvolvido pela instituição.

**Keywords:** family assistance; PAEFI ilha; rights violation assistência a família; PAEFI; violação de direitos.

\* Graduanda da X fase do Curso de Direito do Curso de Direito do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina-CESUSC. [jehpain@hotmail.com](mailto:jehpain@hotmail.com) (48) 99920 6661

\*\*Graduada em Biblioteconomia – Habilitação em Gestão da Informação pela Universidade Estadual de Santa Catarina-UDESC; Graduanda da VII fase do Curso de Direito do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina-CESUSC. [joelma\\_pain@hotmail.com](mailto:joelma_pain@hotmail.com). (48) 99949-9382

**Abstract:** The purpose of this research is to respond in summary: There are in Florianópolis institutions that provide services for families and individuals who passed through experience of rights violation and need assistance according to Estatuto da Criança e Adolescente, article 101, item IV? Such legal prescription aims to ensure that families who have their rights transgressed may have some kind protection since, according to the Brazilian Constitution, such human groups are considered as "the basis of society." The research assumes characteristics of a case study that had as main instrument of data collection the implementation of a semi-structured interview. It was verified that there is an institution in Florianópolis that meets the specifications of the above-mentioned article, which are developed by the Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI-Ilha), Florianópolis - Santa Catarina, and conducted by the Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS). The main focus of this program is to support, guide and observe families in order to interrupt situations resulted from rights violation. It was observed that it is possible the social, affective and psychological reestablishment of families who faced some kind right violation. Moreover, hardly ever a family that was already assisted in PAEFI presented violence recurrence, revealing thus the efficient and effective work developed by the institution.

### 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa ancora-se no campo da relação de proteção às famílias e indivíduos, tendo em vista a premissa presente na Constituição Brasileira, mais precisamente no artigo 226 o qual destaca que a “família é a base da sociedade”. Assim entende-se que este tipo de grupo humano deve ser devidamente amparado quando algum de seus membros tenha sofrido qualquer tipo de violação de direitos. Para tanto foi levantada a seguinte problemática: Existem em Florianópolis instituições que atendam as especificações do artigo 101, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente? Tal prescrição legal determina que:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

[...]

IV- inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

Este artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta um total de oito incisos, contudo serão abordadas nesta pesquisa somente as especificações do inciso IV. A escolha deste tema deve-se ao interesse em verificar se a administração pública do município de Florianópolis

cumpra essa determinação legal por meio de instituições credenciadas que operam em prol da criança e do adolescente oferecendo serviços de assistência às famílias cujo algum indivíduo tenha sofrido qualquer situação de ameaça ou violação de direitos.

A carência de informações sobre esse tipo de instituição em meio bibliográfico revela-se expressiva, e tal constatação potencializou o interesse de ir a campo elucidar a problemática levantada neste artigo. A partir de pesquisas na Internet e junto a órgãos governamentais (Conselho Tutelar, Vara da Infância e Juventude) relacionados com a temática “proteção aos direitos da criança e do adolescente”, verificou-se a existência, em Florianópolis, de uma instituição que atende as especificações do artigo supracitado, as quais são desenvolvidas pelo Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI-Ilha), em Florianópolis – Santa Catarina, e operacionalizado pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

O trabalho realizado pelo Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI-Ilha) consiste no “acompanhamento psicossocial a famílias e indivíduos de forma sistemática visando a promoção de direitos e o fortalecimento dos vínculos familiares, buscando o rompimento das situações de violações de direitos” (PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS, 2017). Quando a instituição recebe um caso, este não é tratado como suspeita, pois a procura pelo serviço e espera pelo atendimento confirma a real existência de violação de direitos. Neste sentido, o trabalho desenvolvido pelo PAEFI tem início em uma espécie de investigação que objetiva descobrir como o fato aconteceu para que em seguida, se estabeleçam medidas para amenizar ou sanar os danos decorrentes da violência.

O programa de proteção às famílias empreendidas pelo PAEFI-ilha tem como foco principal o apoio, orientação e acompanhamento às famílias de forma a romper situações resultantes de violação de direitos. A informação sobre os serviços realizados por essa instituição foi encontrada do site da Prefeitura Municipal de Florianópolis (2016) e no site do Ministério do Desenvolvimento Social (BRASIL, 2015) em páginas específicas.

As demais informações apresentadas nesta pesquisa foram fornecidas pela Coordenadora Geral do PAEFI-ilha Kátia Figueiredo por meio de uma entrevista presencial realizada na sede da instituição.

Tendo como base as informações fornecidas até o momento, este artigo terá como objetivo verificar a existência de instituições que atendam famílias conforme especificado pelo artigo 101, inciso IV do Estatuto da Criança e Adolescente, se atendo a especificidades que permitam identificar quais ações são realizadas com as famílias; verificar quantas famílias são

atendidas e por quanto tempo; levantar a quantidade de famílias que já foram atendidas e quantas ainda não foram; entender como esse trabalho é realizado e qual sua taxa de sucesso.

Os procedimentos metodológicos aplicados na pesquisa a referenciam como um estudo de caso, pois se ajustam a realização do objetivo proposto e favorecem a compreensão e entendimento sobre eventos reais contemporâneos (MIGUEL, 2007). Conforme Gil (2002), o estudo de caso é frequentemente utilizado na pesquisa social, por ser relativamente simples, já que pode ser realizado por um único investigador, ou por um pequeno grupo, não requerendo a aplicação de técnicas mais complexas para coleta de dados. O instrumento utilizado para a coleta de dados foi a entrevista. Este tipo de recurso metodológico é definido por Haguette (1997) como um método de interação social entre duas pessoas na qual uma delas, o entrevistador, tem por objetivo a obtenção de informações por parte do outro, o entrevistado.

## 2 IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA

“A família pode ser definida como um núcleo de pessoas que convivem em determinado lugar, durante um lapso de tempo mais ou menos longo e que se acham unidas (ou não) por laços consanguíneos” (MIOTO, 1997, p.120).

A família é, para a Psicologia, revestida de uma importância capital, dado que é primeiro ambiente no qual se desenvolve a personalidade nascente de cada novo ser humano. Assim, a família é vista como o primeiro espaço psicossocial, protótipo das relações a serem estabelecidas com o mundo (MACEDO, 1993, p.63).

Ainda sobre o conceito de família, Carnut e Faquim (2014, p. 65) corroboram a ideia de que “[...] a família é o primeiro sujeito que referencia e totaliza a proteção e a socialização dos indivíduos.”

Apoiando-se na visão sociológica, percebe-se que a família ganha um caráter de “unidade primária”. Pode-se dizer então que sem a família, seríamos um aglomerado de sujeitos particulares sem ligação interpessoal com os demais membros da mesma espécie e que não haveria o mínimo de coletividade entre os seres humanos. Se a espécie humana existe hoje, em grande parte isso é fato devido ao embrião da reciprocidade e do altruísmo mútuo que emergiu ao se organizar esses primeiros grupamentos humanos chamados de família (CARNUT; FAQUIM, 2014, p. 63).

Conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança, realizada em 1989 pelas Nações Unidas, a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de que lhe proporcione felicidade, amor e compreensão (SILVA, 2004). “É na família que a criança encontra os primeiros ‘outros’ e com

eles aprende o modo humano de existir” (SZYMANSKI, 2004, p. 7). Tendo a família um papel fundamental para o crescimento e o bem-estar de todos os membros da sociedade, e em particular das crianças e adolescentes (BORGES, 2005).

Neste sentido, Paschoal e Marta (2012, p. 234) discorrem que:

A Constituição Federal estabelece que a [...] “família é a base da sociedade” (art. 226) e que, portanto, compete a ela, juntamente com o Estado, a sociedade em geral e as comunidades, “[...] assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais” (art. 227). Neste último artigo, também especifica os direitos fundamentais especiais da criança e do adolescente, ampliando e aprofundando aqueles reconhecidos e garantidos para os cidadãos adultos no seu art. 5º. Dentre estes direitos fundamentais da cidadania está o direito à convivência familiar e comunitária.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma essa premissa como dever da família, em primeiro lugar, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado assegurar a criança e adolescente, os seus direitos fundamentais, entre eles, o direito à convivência familiar e comunitária. No que diz respeito a convivência familiar o estatuto se manifesta da seguinte forma: “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta” (BRASIL, 1990), assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Conforme artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente é reconhecida a ampla importância da família, no cuidado e no bem-estar de seus membros sendo o primeiro a proporcionar a garantia de sobrevivência a seus integrantes, especialmente aos mais vulneráveis como crianças, idosos e doentes. Tratando-se de crianças e adolescentes em situação de risco social ou pessoal, a discussão sobre o seu direito à convivência familiar e comunitária deve ser olhada com prioridade.

Assim, presume-se que a família é de suma importância para todos os indivíduos e para a sociedade, portanto está deve receber toda a ajuda necessária para se manter forte e unida.

### 3 Proteção à criança e ao adolescente

No Brasil umas das primeiras ações que teve um olhar diferenciado para a criança e o adolescente a fim de dar um tratamento diferenciado para os mesmos foi o código de menores de 1927.

Como explica Veronese (1997, p. 10):

[...] conseguiu corporificar leis e decretos que, desde 1902, propunham se a aprovar um mecanismo legal que desse especial relevo à questão do menor de idade. Alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional.

Nesse sentido o código de menores de 1927 conforme Lima e Veronese (2012, p.31) é “a doutrina jurídica do direito do menor no Brasil inaugurada a partir da necessidade de compilar num único sistema normativo todas as leis até então existentes em matéria de infância e adolescência.” Onde o termo menor era utilizado para indicar aqueles que se encontravam em situação de carência material ou moral, ou na condição de infratores (VERONESE, 1997, p. 11).

Algumas décadas depois da criação do código de menores de 1927, mais especificamente em 1979, é instituído o Código de Menores de 1979 que revoga o anterior.

O Código de Menores de 1979 adotou a Doutrina Jurídica da Situação Irregular e criou uma nova categoria para os menores em seis situações distintas, quais sejam aqueles que se encontravam em situação de abandono, vítimas de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e autor de infração penal. (LIMA; VERONESE, 2012, p. 42)

Conforme as autoras esse novo código manteve os mesmos erros cometidos pelo código anterior. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que se passa a dar a devida importância para a infância e a adolescência.

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente interrelacionado os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro (CUSTÓDIO, 2008, p.27).

O Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma revolução aos cuidados e à proteção dispensados às crianças e aos adolescentes. Esta nova política em vigor é baseada na Doutrina de Proteção Integral que vê a criança e o adolescente como absoluta prioridade, pois se constituem como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos (MOURA, 2009).

De acordo com Veronese (1999, p.100-101),

Essa nova postura tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedoras de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

A autora afirma que as crianças e os adolescentes são sujeitos em desenvolvimento, devendo haver um olhar diferenciado no que concerne aos cuidados e a proteção disponibilizada no ambiente familiar, o que deveria ser responsabilidade do Estado a promoção e acesso aos direitos fundamentais para o bem-estar das crianças e dos adolescentes em nosso país. Assim o sistema de garantias da Criança e do adolescente é compreendido como um “[...] sistema lógico, organizado sob a perspectiva de redes com responsabilidades compartilhadas entre a família, sociedade e Estado [...]” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 141).

A Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), elenca uma série de princípios e medidas com o objetivo de emancipar e proteger os direitos da Criança e do adolescente, dentre as quais destaca-se as do artigo 98, que faz parte do título II capítulo I dessa lei trazendo um rol das medidas de proteção.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:  
I - por ação ou omissão ou da sociedade ou do Estado;  
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;  
III - em razão de sua conduta.

O capítulo II traz as medidas cabíveis caso alguns desses direitos sejam violados.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:  
I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;  
II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;  
III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;  
IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;  
VII - acolhimento institucional;  
VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

Vale ressaltar que dentre todas essas medidas disponíveis no estatuto, a que será abordada com mais profundidade nesta pesquisa refere-se ao inciso IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente.

Após a criança e o adolescente ter sofrido alguma dessas violações são aplicadas as medidas cabíveis, as quais dizem respeito ao atendimento às famílias desses indivíduos. Tais ações se configuram como formas de contribuir para restabelecimento psicossocial e afetivo do indivíduo no ambiente familiar para que este possa continuar convivendo juntamente com sua família de origem, com garantias que o mesmo não sofra mais nenhuma espécie de risco.

As medidas aplicadas pelo PAEFI-ilha em Florianópolis deve ser, obrigatoriamente, ofertado pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), o qual atua com o objetivo de garantir os direitos das crianças e dos adolescentes por meio de ações junto às famílias na sua comunidade, visando a orientação e o convívio sóciofamiliar e comunitário.

#### **4 SERVIÇO DE PROTEÇÃO E ATENDIMENTO ESPECIALIZADO A FAMÍLIAS E INDIVÍDUOS – PAEFI**

O PAEFI foi instituído no artigo 24-B da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, alterando a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Conforme o site do Ministério do Desenvolvimento Social (BRASIL, 2015), o PAEFI é um serviço voltado para famílias e pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados. Suas ações compreende o apoio, orientação e acompanhamento dos indivíduos e famílias afim de superar danos causados pelas transgressões por meio da promoção de direitos, da preservação e do fortalecimento das relações.

Público atendido compreende pessoas e famílias que sofreram algum tipo desrespeito moral ou físico tais como violência física e/ou psicológica, negligência, violência sexual (abuso e/ou exploração sexual), tráfico de pessoas, situação de rua, abandono, trabalho infantil, discriminação por orientação sexual e/ou raça/etnia, bem como adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas ou sob medidas de proteção, entre outras (BRASIL, 2015). Os serviços prestados pelo PAEFI têm como meta contribuir para o fortalecimento da família no seu papel de proteção; incluir famílias no sistema de proteção social e nos serviços públicos; contribuir para acabar com as violações de direitos na família e prevenir a reincidência de violações de direitos (BRASIL, 2015).

Para alcançar seus objetivos, o PAEFI desenvolve trabalho social realizado por uma equipe composta por profissionais de diversas áreas dentre quais destacam-se assistência social, psicológica e legal. Entre as atividades estão a identificação das necessidades das pessoas que buscam ou são encaminhadas ao CREAS; atenção especializada; orientação sobre direitos; encaminhamento para outros serviços da assistência social e de outras políticas, como saúde, educação, trabalho e renda, habitação; orientação jurídica; acesso à documentação, entre outros (BRASIL, 2015).

O acesso aos serviços do PAEFI ocorre por intermédio do CREAS mediante a iniciativa do cidadão. O indivíduo ou a família também pode ser encaminhado por outros

serviços da assistência social ou de outras políticas públicas, bem como por órgãos do Sistema de Garantia de Direitos (Conselhos de direitos, Conselhos Tutelares, Ministério Público e Defensoria Pública) ou ainda pelo Sistema de Segurança Pública.

## 5 RELATÓRIO DA VISITA

A visita foi realizada no dia 08 de junho de 2016, ao Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI-Ilha), localizado na Rua: Rui Barbosa, nº 677, bairro Agrônômica em Florianópolis. As pesquisadoras foram recepcionadas pela Coordenadora Geral do PAEFI e assistente social Kátia Figueiredo.

De acordo com a coordenadora, o PAEFI-ilha é um dos serviços disponíveis do CREAS que faz parte do nível de Proteção Social Especial de Média Complexidade. O CREAS é uma unidade pública estatal, responsável pela oferta de orientação, apoio e atendimento especializado e continuado de assistência social a indivíduos e suas famílias com seus direitos violados, mas sem rompimento de vínculos. O mesmo pertence à Secretaria Municipal de Assistência Social subordinada a Prefeitura de Florianópolis. Todos os serviços desenvolvidos envolvem atuação de um conjunto de profissionais de diversas áreas, como direito, pedagogia, psicologia e serviço Social.

O PAEFI-Ilha adquiriu esse formato em 2010, pois anteriormente os atendimentos eram prestados pelo SOS Criança e Sentinela. Atualmente para desempenhar suas funções o PAEFI-ilha conta com 34 técnicos administrativos, 17 assistentes sociais, 17 psicólogas, 1 pedagoga, 3 motoristas e 1 coordenadora. Ainda segundo a coordenadora Kátia Figueiredo, na época que foi realizada a pesquisa essa equipe atendia cerca 302 (trezentos e dois) famílias e outras 140 (cento e quarenta) estavam na fila de espera. Os casos mais urgentes são tomados como prioridade quando abrem novas vagas para atendimento. Em média, essas famílias recebem atendimento durante um ano e meio, o que se configura como uma das razões de tantas famílias a espera de atendimento. A longevidade no atendimento se deve também ao cuidado dedicado as famílias, o que por vezes requer extensos períodos de tratamento que tendem a se expandir mais em função do volume minorado de funcionários e escassez de recursos materiais ou financeiros.

A coordenadora do PAEFI-ilha também relatou que as famílias podem chegar à instituição a partir da determinação dos Conselhos Tutelares, pela Vara da Infância e Juventude, Ministério Público, CREAS de outros municípios ou por procura espontânea. O atendimento

compreende a realização de uma entrevista de acolhimento e avaliação inicial. Logo após, é feito um levantamento no local onde a família vive, visitas a escola e o posto de saúde para obter informações que possam não ter sido passada pela pessoa que buscou acolhimento. Todas essas abordagens são feitas com muito cuidado e cautela a fim de não causar mais danos ou constrangimentos à família. Com as informações em mãos é delineado, por intermédio de uma equipe interdisciplinar, o plano de atendimento.

O serviço de assistência visa ajudar a família nas mais variadas formas, sejam elas econômicas ou psicológicas, de modo a suprir carências que impeçam a família de se restabelecer e fortalecer. Tais ações auxiliam na prevenção dos casos de reincidência. A coordenadora Kátia Figueiredo informou também que para contribuir com a permanência das famílias no programa, o PAEFI-ilha disponibiliza ajuda com cartão vale transporte para aquelas cujo deslocamento até a sede da instituição seja necessário ou se a família está passando por problemas financeiros. Também são disponibilizadas cestas básicas, quite de higiene pessoal (adultos e crianças), quite de limpeza doméstica, entre outros.

Segundo a coordenadora, as famílias atendidas no PAEFI-ilha, em sua maioria, são de baixa renda, contudo famílias de classe média ou alta também recebem atendimento, mas com menor frequência, pois quando estas necessitam de atendimento médico, em função da violência familiar, procuram atendimento em segmentos privados. Ocorre que os casos atendidos em unidades de saúde particulares não são denunciados pelos profissionais acabam ficando sem soluções adequadas e a margem das estatísticas.

Diferentemente das famílias de alta renda, os casos oriundos de famílias de baixa renda chegam com maior frequência ao PAEFI-ilha, por vezes com a ajuda de denúncias feitas por vizinhos. A proximidade das residências contribui para que o fato se torne de conhecimento daqueles que moram perto das vítimas gerando assim a denúncia por parte de terceiros. Outra forma de notificação de ocorrências vem ser por meio dos hospitais, pois existe nessas unidades de saúde o Protocolo de Atenção de Vítimas de Violência Sexual, onde cada caso atendido pelos médicos é declarado. A maioria dos eventos consiste em violência sexual contra criança e adolescente, seguidos de negligência, violência física e psicológica.

A coordenadora Kátia Figueiredo salienta que após o término do atendimento é feito um relatório a ser enviado ao órgão que encaminhou a família. Consta nos arquivos do PAEFI-ilha, que em seis anos de existência, cerca 4000 (quatro mil) casos foram encerrados. A taxa de sucesso desses atendimentos é alta e tal índice se deve, em grande parte, ao fato das famílias, em especial as de baixa renda, serem bem receptivas a ajuda recebida. O mesmo não ocorre

com as famílias de maior poder aquisitivo, as quais oferecem mais resistência em aceitar o atendimento.

Kátia Figueiredo afirmou que é possível sim, prover às famílias meios de se restabelecerem dos abalos ocasionados por violências morais ou físicas infligidas contra a criança ou adolescente. A coordenadora reforça que é muito raro uma família que já recebeu o atendimento no PAEFI-ilha reincidir na violência. Resultados como estes remetem ao reconhecimento da qualidade do trabalho desenvolvido pela instituição.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização desta pesquisa permitiu identificar que os serviços desenvolvidos no PAEFI-Ilha se mostraram eficientes, apesar das carências profissionais, materiais e financeiras presentes na instituição. O baixo índice de reincidência reafirma que o trabalho desenvolvido pela equipe PAEFI-Ilha procura sanar os casos de violação dos direitos das crianças e dos adolescentes de modo a impedir que venham ocorrer novamente se tornando o dado mais significativo identificado pela pesquisa.

Percebeu-se ainda que apesar do excelente trabalho realizado na instituição, as carências enfrentadas impendem que todos aqueles que buscam assistência junto à unidade possam receber tratamento apropriado. A demanda é expressiva e a instituição não consegue supri-la, como consequência há uma grande quantidade de famílias (cerca de 140) na fila à espera de atendimento. Este é um dado preocupante, uma vez que os danos causados a vítima, em virtude de sua permanência em ambientes/situações de violência física ou psicológica, podem ser altamente prejudiciais a sua saúde e bem-estar ou até mesmo irreversíveis. As aflições e sofrimentos decorrentes da violência contra a dignidade e integridade física ou moral da criança e adolescente, além do adoecimento, podem influenciar negativamente na formação da personalidade e relações sociais da vítima.

É importante frisar que o trabalho feito pelo PAEFI é minucioso e a complexidade dos casos exige procedimentos cautelosos no trato com as famílias. Por conta desse cuidado, os atendimentos tendem a se alongar ocasionando certa morosidade na inclusão de novos casos. Apesar desta condição, verifica-se a preocupação por parte da instituição em oferecer serviços adequados e de qualidade, não apenas para minimizar as estatísticas de reincidência, mas principalmente para ajudar as vítimas a superar a violência e a conviver com os danos irreversíveis.

Em linhas gerais, a visita ao PAEFI ilha despertou o interesse de conhecer mais de perto os serviços prestados e verificar como são resolvidos os problemas que lhes são passados, haja a vista que predomina nos resultados o restabelecimento das famílias frente aos casos de violação de direitos.

## 7 REFERÊNCIAS

BORGES, Irineu Frederico. **O Conceito de abrigo e a prática de abrigamento de crianças e adolescentes na unidade Casa Lar São João da Cruz de coqueiros, Florianópolis - SC.** Florianópolis, 2005. 52 f. TCC (Graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio Econômico, Curso de Serviço Social. Disponível em: <<http://tec.bu.ufsc.br/Ssocial286873.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 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: 20 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12435.htm) Acesso em: 29 abr 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) Acesso em: 29 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ministério do Desenvolvimento Social.** Proteção e Atendimento Especializado Famílias e Indivíduos (PAEFI), 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/paefi> Acesso em: 28 abr. 2016.

CARNUT L, FAQUIM J. **Conceitos de família e a tipologia familiar: aspectos teóricos para o trabalho da equipe de saúde bucal na estratégia de saúde da família.** J Manag Prim Health Care. 2014, p. 62-70. Disponível em: <http://www.jmphc.com.br/saude-publica/index.php/jmphc/article/view/198> Acesso em 28 abr. 2016.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Esquecidas, o trabalho infantil doméstico no Brasil.** Curitiba: Multiideia, 2009.

\_\_\_\_\_, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente.** Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias qualitativas na Sociologia.** 5a edição. Petrópolis: Vozes, 1997.

LIMA, Fernanda da Silva; Veronese, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 243p. – (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5). Disponível em: <file:///C:/Users/Cleo/Downloads/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf> Acesso em: 10 maio 2016

MACEDO, R. M. **A família do ponto de vista psicológico**: um lugar seguro para crescer? Cadernos de Pesquisa, 1994, p 62-68. Disponível em: <http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/788.pdf> Acesso em: 10 maio 2016.

MIOTO, R. C. T. **Família e Serviço Social: contribuições para o debate**. Serviço Social & Sociedade: São Paulo, n. 55, 1997, p.114- 129.

MIGUEL, P. A. C. **Estudo de caso na Engenharia de Produção: estruturação e recomendações para sua condução**. Produção, v. 17, n. 1, p.216-229, jan./abr. 2007. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/3967/396742029015.pdf> Acesso em: 25 maio 2016

MOURA, Nelza de. **O Direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes em medida de proteção abrigo**. Florianópolis, 2009. 66 f. TCC (Graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio Econômico, Curso de Serviço Social Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Ssocial285115.pdf> Acesso em: 28 maio 2016.

PASCHOAL, Gisele Ribeiro; MARTA, Taís Nader. **O papel da família na formação social de crianças e adolescentes**. Confluência, v12, n1, p. 219-239, out 2012. Disponível em: <http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/viewFile/91/112> Acesso em 25 maio 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS. **PAEFI**, 2010. Disponível em: <http://www.pmf.sc.gov.br/noticias/index.php?pagina=notpagina&noti=2701> Acesso em: 2 junho 2016

PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS. **Serviços**: PAEFI. 2017. Disponível em: <http://www.pmf.sc.gov.br/servicos/index.php?pagina=servpagina&id=4694&menu=2>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SILVA, E. R. O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/10/Livro\\_cap.%208](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/10/Livro_cap.%208) Acesso em: 18 maio 2016.

SZYMANSKI, Heloisa. **Práticas educativas familiares: a família como foco de atenção psioeducacional**. Estud. Psicol, 2004, vol.21, n.2, pp.5-16. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103166X2004000200001&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103166X2004000200001&script=sci_abstract&tlng=pt) Acesso em: 18 maio 2016

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos das crianças e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

## AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E PRISÃO PREVENTIVA EM FLORIANÓPOLIS – EM BUSCA DA CURA DA CEGUEIRA BRANCA DO DIREITO

*Lucas Nicholas Santos de Souza\**

**Palavras-chave:** audiências de custódia; prisão preventiva; direitos fundamentais; discricionariedade judicial; análise de dados.

**Resumo:** A crise do Sistema de Justiça Criminal brasileiro está cada vez mais escancarada. Em dezembro de 2014, o Informativo Penitenciário Nacional (INFOPEN) apontou a quantidade de 622.202 presos, alcançando o Brasil a quarta maior população prisional do mundo (atrás somente de EUA, China e Rússia). “A Índia, por exemplo, tem 1,2 bilhões de habitantes, seis vezes a população do Brasil, e, ainda assim, possui 200 mil presos a menos” (DEPEN, 2016, p.14).

Segundo o INFOPEN, 40,1% da população carcerária brasileira é provisória, equivalendo a, aproximadamente, 248.880 pessoas. Não é árduo visualizar o quadro da “ultrainstrumentalização” da prisão provisória no Brasil, e, sobretudo, no Estado de Santa Catarina. Esse cenário, aliado à prática institucionalizada da tortura, culminou na Resolução de nº 213/15, a qual dispõe sobre as audiências de custódia.

Então, questiona-se: as audiências de custódia, em Florianópolis, estão cumprindo com a expectativa de diminuição de prisões provisórias desnecessárias? Para solucionar tal pergunta, foi realizada uma pesquisa empírica sobre as audiências de apresentação realizadas em dias úteis entre outubro de 2015 e maio de 2016, bem como uma pesquisa indutiva a partir de obras capazes de elucidar o problema e indicar uma possível solução.

No total, foram 644 apresentações analisadas, extraindo-se diversos dados. Após a realização da pesquisa, a prisão provisória mostrou-se “ultrainstrumentalizada”, culminando em restrições arbitrárias da liberdade individual, resguardadas, via de regra, na indeterminação semântica da “ordem pública” – prato cheio ao domínio da discricionariedade judicial. Com isso, almeja-se solucionar a questão acima e denunciar os pontos nevrálgicos da audiência de apresentação quanto à restrição desmedida da liberdade de locomoção individual, a fim de tentar apontar uma

\* Graduando da 9ª Fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Contatos: lucasnicholas@gmail.com e (48) 99129-6121.

possível saída ao ciclo vicioso. Para tanto, buscar-se-á a doutrina de Aury Lopes Jr.<sup>1</sup> ao tema “prisão preventiva” e de Lenio Streck<sup>2</sup> ao tema “direitos fundamentais e discricionariedade judicial”.

**Abstract:** The crisis of the Brazilian Criminal System of Justice has got more and more wide open. In December 2014, the Nacional Penitentiary Report (INFOPEN) pointed the amount of 622.202 prisoners in Brazil, reaching the fourth largest prisional population of the world (only behind of USA, China and Russia). “India, for example, has 1,2 billion inhabitants, six times Brazilian population, and, even so, has 200 thousand less prisoners”.

According to INFOPEN, 40,1% of the prison population is arrested by temporary custody, hitting, approximately, 248.880 people. It's not difficult to notice the scenario of “ultra-instrumentalization” of the preventive/temporary custody in Brazil, and, above all, in the State of Santa Catarina. This panorama, together with the institutionalized practice of torture, culminate in the Resolution nº 213/15, which disposes about the “custody hearings”.

Then, we question: the presentation hearings, in Florianópolis, are achieving the expectations of lowering the unnecessary preventive prisons? To answer such question, an empirical research was carried out about the “presentation hearings” held on weekdays between October 2015th and May 2016th – such as an inductive research from academic books capable of clarify the problem and point at a possible solution.

We analyzed 644 hearings, extracting several datas. After the research, the preventive custody has showed itself “ultra-instrumentalized”, resulting in arbitrary restraints of the individual freedom, sheltered by the semantic indetermination of “public order” – a full plate for the dominion of judicial activism.

Therefore, we seek to answer the question above and detect the neuralgic points of the “presentation/custody hearing” in relation to the excessive restraint of the freedom to movement, trying to propose a possible way out of this vicious circle. Thus, we look for in the work of Aury Lopes Jr. for the theme “preventive custody” and in the work of Lenio Streck for the theme “fundamental rights and judicial activism”.

### 1 Introdução

<sup>1</sup> LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

A crise do Sistema de Justiça Criminal<sup>3</sup> brasileiro está cada vez mais escancarada. Em dezembro de 2014, o Informativo Penitenciário Nacional (INFOPEN) apontou que o Brasil possui 622.202 (seiscentas e vinte e duas mil e duzentos e duas) pessoas inseridas em sua massa carcerária – atingindo, ao menos, a 4ª Maior População Prisional do Mundo. O Brasil é, sim, um país com alto nível de encarceramento.

Entre os anos de 2000 e 2014, o Brasil quase triplicou sua população carcerária – de 232.755 a 622.202 pessoas presas (um aumento próximo a 167%). A Índia, por exemplo, com 1,2 bilhões de habitantes, possui 200.000 (duzentos mil) presos a menos que o nosso país. O Brasil, atualmente, encarcera 306 pessoas a cada 100.000 habitantes, alcançando a sexta posição global – enquanto a média mundial de encarceramento está em 144 pessoas a cada 100.000 habitantes.

Dentre os inúmeros problemas, talvez o mais chamativo seja a quantidade de presos provisórios: 248.880 (duzentos e quarenta e oito mil, oitocentos e oitenta) pessoas, alcançando cerca de 40,1%<sup>4</sup> da população carcerária brasileira.

Importante também ressaltar a evolução do número de indivíduos em prisão provisória. Em 2000, o Brasil contabilizava 80.775 presos não-definitivos, alcançando, em 2014, cerca de 250.000 pessoas.

Em outros países, a taxa de encarceramento provisório mostra-se mais amena: França com 27,2% (janeiro/2016), Alemanha com 19,8% (novembro/2015), Estados Unidos da América com 20,4% (2013), Chile com 29,7% (dezembro/2015) e Colômbia com 35,9% (janeiro/2016). (DEPEN, 2016, p. 17).

<sup>3</sup> Em apresentação do artigo na Mostra de Pesquisa do XI Congresso Direito UFSC, o Professor Ruben Rockenback Manente suscitou uma crítica sobre a inadequação da expressão “crise” em relação ao sistema de justiça criminal – e havia razão na ressalva. Sob o prisma da Criminologia Crítica, o Direito Criminal e suas instâncias de criminalização não estão, e nunca estiveram, em crise. Isso, porque, por detrás do discurso oficial, há um discurso latente de marginalização e manutenção do *status quo* – culminando na reprodução do próprio sistema de Capital. Entretanto, julgou-se mais adequada a manutenção da expressão durante o trabalho, diante do ponto de partida distinto adotado em sua produção. A expressão crise, aqui, reverbera a lacuna estrutural existente entre as previsões constitucionais/convencionais e a prática judiciária e administrativa sobre as variadas nuances do sistema de justiça criminal;

<sup>4</sup> Há quem atribua a responsabilidade pela alta taxa de encarceramento provisório sobre os moldes da previsão constitucional da presunção de inocência. Segundo o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Assim, conforme tal concepção, a fixação do “trânsito em julgado” como marco jurídico-temporal à culpabilização do indivíduo prolonga de forma demasiada a “conversão” da prisão provisória em permanente – amontoando casos distintos em uma só categoria: prisão preventiva pré e pós-sentença, por exemplo. Não há razão, contudo. Excluindo o drible hermenêutico autorizado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 129.262), todos os decretos preventivos exigem suporte em uma mesma base legal: art. 312, CPP. Portanto, a alta taxa de encarceramento provisório de 2014 (antes do julgamento supracitado) era, de qualquer modo, resultado da instrumentalização da prisão preventiva – independente do marco jurídico de culpabilização.

A realidade brasileira, contudo, também é reverberada em outros países latinos, como a Bolívia (com 85,9% de presos provisórios em 2015) ou o Paraguai (75,1%, em 2014). Não é difícil visualizar, portanto, a dificuldade do Brasil (e de outros países da América) em lidar com a prisão provisória como *ultima ratio* e com as implicações da presunção de inocência, do devido processo legal e, inclusive, da dignidade da pessoa humana no processo penal.

Esse cenário caótico, aliado à prática institucionalizada da tortura, resultou num esforço na produção da Resolução de nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre as audiências de apresentação. Contudo, importante questionar: qual norma prevê a realização de tais audiências? Como a atenção dos atores jurídicos brasileiros se voltou à realização das audiências de custódia?

Em 18 de julho de 1978, entrou em vigor a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja promulgação foi apenas realizada em 1992 pelo Brasil com o Decreto nº 678. Segundo Flávio Gomes e Mazuolli,

A convenção Americana sobre Direitos Humanos (popularmente conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*) é o *tratado-regente* do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. É ela o grande *códex* dos direitos civis e políticos no Continente Americano e o instrumento de proteção mais utilizado – academicamente e no foro – nos países interamericanos, principalmente os latinos. (GOMES e MAZZUOLI, 2013, p. 7).

Entretanto, apesar da introjeção da referida norma internacional no ordenamento brasileiro, as práticas judiciária e legislativa não acompanharam suas inovações. Talvez não exista demonstração mais sólida dessa afirmação que o processo de instauração da audiência de apresentação no Brasil. Explica-se.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 7º, item 5<sup>5</sup>:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

Desde 1992, com a ratificação do instrumento legal, havia uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro: não havia previsão legal de uma audiência de apresentação da pessoa detida – apesar das diversas reformas operadas no Código de Processo Penal nesse ínterim.

Após realizada a prisão, o Delegado de Polícia encaminhava o Auto de Prisão em Flagrante ao Juízo de Plantão, o qual recebia o expediente investigativo e decidia sobre a

<sup>5</sup> Previsão semelhante é encontrada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9.3): “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”;

(i)legalidade da prisão e sobre a necessidade de sua manutenção. Tangenciando as nuances democráticas, a decisão era exarada atrás das portas do gabinete do magistrado, pautado na mera análise de procedimento escrito – sem qualquer possibilidade de acompanhamento do povo e de exercício da oralidade pelas partes.

Ao dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente o requerimento na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Dentre as medidas deferidas, determinou-se:

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.<sup>6</sup>

A partir do julgamento, intensificou-se a mobilização jurídica, culminando na publicação da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, a qual deu o pontapé inicial à instauração das audiências de apresentação no país.

Em seu artigo inaugural, resolve a resolução:

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias que se realizou sua prisão ou apreensão.

Assim, na presença de Defensor e Ministério Público, a autoridade judicial realizará uma entrevista com o conduzido (art. 8º) e passará a palavra ao Promotor e à Defesa para reperguntas, sendo, ao final, permitida a manifestação sobre a legalidade da prisão e a necessidade de aplicação de medidas cautelares (dentre elas, a prisão preventiva) – sobre cujos temas, então, o magistrado deverá decidir.

É perceptível, portanto, a mudança na dinâmica do procedimento da decisão sobre a prisão em flagrante do indivíduo. Se antes a decisão era tomada por detrás das inacessíveis portas dos gabinetes dos juízes, agora deverá ser realizada em ato público, acessível a qualquer do povo. Se antes o magistrado era guiado pelo expediente investigativo (escrito, formal, burocrático), agora este deverá observar, sobretudo, a apresentação e o desenrolar do caso em

<sup>6</sup> ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016;

audiência – em tese, aumentando a qualidade da informação/argumentação e, conseqüentemente, potencializando a qualidade da decisão judicial.<sup>7</sup>

Trazer a dinâmica da oralidade à decisão sobre a liberdade da pessoa presa é, não só um avanço, mas uma necessidade acusatória-constitucional. Nesse sentido, destaca Rômulo de Andrade Moreira:

Definitivamente, em um sistema acusatório não é possível um processo inteiramente escrito e cartorial como o nosso. Não mais se justifica, por exemplo, um procedimento liminar de investigação criminal como o nosso inquérito policial: escrito, burocrático, formal e ineficaz. [...]. O que não é possível é um processo penal que se instrumentaliza inteiramente em autos escritos, difusos, sujeito a manipulações e a “quadros mentais paranóicos” (Franco Cordero), dificultando a dialética própria do processo, a imediação e a concentração dos atos processuais. (MOREIRA, 2017, pp. 197-198)

Logo, é tangível a importância prática da audiência de apresentação à garantia da persecução penal constitucional/convencional, respeitando-se os direitos individuais titularizados pela pessoa presa.

A audiência de apresentação, portanto, surge com dois grandes objetivos: (a) diminuir o número de prisões preventivas decretadas de forma desnecessária; (b) prevenir e reprimir a prática da tortura institucional. Em pesquisa empírica, buscou-se analisar, portanto, o seguinte problema: as audiências de custódia em Florianópolis estão realmente cumprindo com o objetivo de diminuição das prisões preventivas desnecessárias?

No total, analisaram-se 644 apresentações realizadas nos dias úteis na Comarca da Capital/SC, extraído-se dados como: crime flagrado; sexo da pessoa apresentada; número de flagrantes relaxados, convertidos em prisão preventiva, em medidas cautelares diversas ou de restauração plena da liberdade; resultado do processo em relação às pessoas presas preventivamente; e, por fim, a quantidade de prisões preventivas deferidas em favor da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal.

Devidamente apresentado o problema, faz-se necessária a exposição dos dados angariados durante a pesquisa, apontando algumas conclusões possíveis sobre a problemática da prisão preventiva no Brasil e buscando um norte possível para sair da crise.

<sup>7</sup> Entretanto, a prática judiciária ainda é demasiadamente apegada ao procedimento em expediente (escrito). É bastante comum visualizar o magistrado valer-se do caderno investigativo para angariar informações antes da entrevista, contaminando a sua estrutura mental e maculando a própria imparcialidade do órgão julgador.

## 2 Dados das Audiências de Custódia da Comarca da Capital/SC

Antes da exposição dos dados coletados, é necessário destacar os aspectos mais importantes da pesquisa. O estudo empírico iniciou com o objetivo de dar suporte fático a um Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, cujo tema gira em torno da (in)constitucionalidade dos “discursos de ordem pública”<sup>8</sup>. Entretanto, no desenrolar da pesquisa, alguns dados mostraram-se muito alarmantes, demandando uma exposição em instrumento acadêmico específico.

Conforme já supracitado, a análise delimitou-se às audiências de apresentação realizadas na Comarca da Capital/SC, em dias úteis, entre o período de outubro de 2015 e maio de 2016 – desde o início dos trabalhos em Florianópolis, portanto. Ao total, foram analisadas 644 (seiscentos e quarenta e quatro) apresentações.

Todos os dados foram coletados de forma individual. Isto é, cada conduzido representou uma fonte estatística singular. Em casos de coautoria, por exemplo, há decisões distintas sobre a liberdade de cada sujeito, apesar de todas ocorrerem em um só ato. Aos dados, portanto.

### a) Sexo dos Conduzidos

Dentre os dados possíveis de análise, destaca-se a quantidade de conduzidos de cada sexo. Durante a pesquisa, optou-se por restringir a categoria ao sexo biológico por razões de insuficiência de contingente e de tempo – apesar de ser reconhecida a importância de uma pesquisa pautada em critérios de identidade de gênero, gênero e orientação sexual, buscando compreender como o Sistema de Justiça Criminal trata a criminalização de tais grupos.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Apesar não ser objeto do artigo, o referido tema é digno de nota. Diante da vagueza semântica da “ordem pública”, a prática jurídica acabou desenvolvendo discursos (enunciados performáticos) capazes de tornar a expressão menos indeterminada. Entretanto, qualquer análise minimamente comprometida poderá concluir que tais discursos esbarram em direitos fundamentais previstos na Constituição e Convenções Internacionais;

<sup>9</sup> No início da pesquisa, houve a tentativa de angariar dados sobre as etnias das pessoas conduzidas, com o objetivo de verificar qual a postura da criminalização secundária florianopolitana. Contudo, poucos eram os processos que possibilitavam acesso à mídia de gravação da audiência – e, quando acessível, houve uma certa dificuldade em identificar etnia. Por esta razão, além da insuficiência de contingente e de tempo, optou-se por não incluir tal dado na pesquisa;

Em relação ao sexo biológico, portanto, verificou-se um expressivo domínio de conduções de pessoas do sexo masculino (91,91%). As apresentações de pessoas do sexo feminino estacionaram em 8,09%. Vejamos o gráfico a seguir.

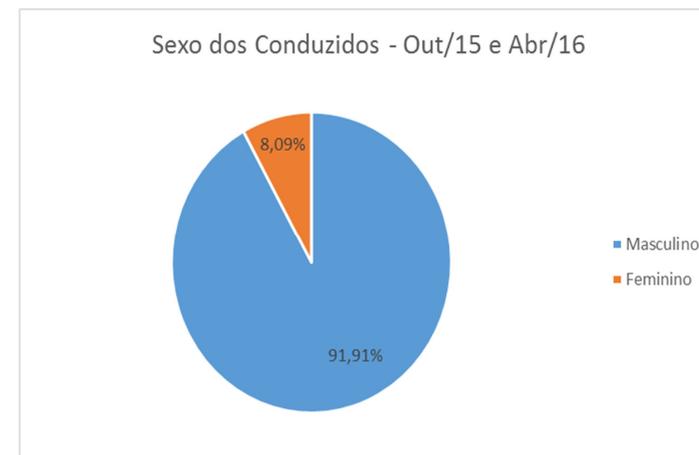


Figura 1

Dentre os meses de outubro de 2015 e maio de 2016, o pico de apresentação de pessoas do sexo feminino foi de 9 (meses de outubro, janeiro e abril), enquanto do sexo masculino atingiu 101 (mês de março). O gráfico seguinte clarifica a linha de variação mensal do sexo dos conduzidos.

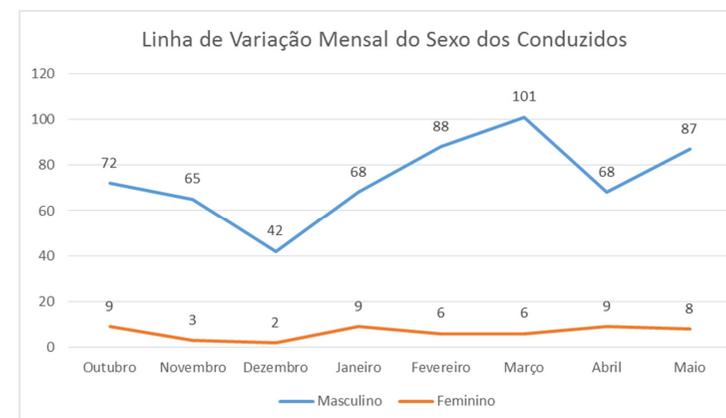


Figura 2

Ambos os gráficos demonstram uma profunda diferença quantitativa entre as apresentações de cada sexo. Em reflexão, surgem, ao menos, duas hipóteses: (a) o Sistema de Justiça Criminal possui um perfil de reação mais destinado ao público masculino – o que parece uma conclusão precipitada e pouco crível; (b) há um domínio masculino e patriarcal no ambiente das atividades ilícitas criminalizadas pelo Sistema, dando pouco espaço à participação feminina. Entretanto, não é objetivo do texto aprofundar-se em tais veredas teóricas – o que demandaria uma pesquisa específica e direcionada.

### b) Resultados das Apresentações

Em audiência de apresentação, após manifestação ministerial e da defesa, o magistrado possui quatro possibilidades de atuação: (a) relaxar a prisão em flagrante, pois ilegal; (b) deferir liberdade plena ao conduzido; (c) decretar medidas cautelares diversas; ou (d) decretar a prisão preventiva.

À luz da Constituição e Convenções Internacionais, a privação da liberdade de locomoção da pessoa deve ser tratada como medida excepcional – ao menos, esta é a orientação do Supremo Tribunal Federal e da majoritária doutrina. Todavia, as decisões analisadas não confirmaram a expectativa teórica. Senão vejamos no gráfico a seguir.

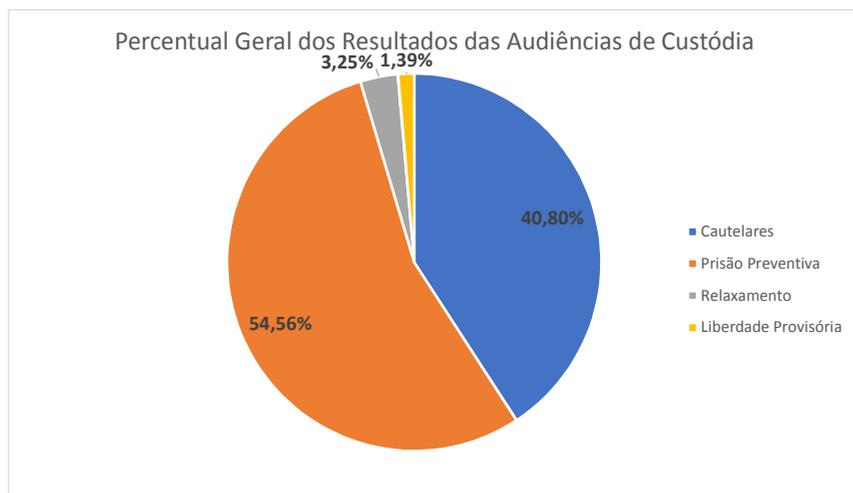


Figura 3

Como perceptível, há um número baixo de relaxamentos deferidos (3,25%), o que aponta a duas possibilidades alternativas: (a) baixa quantidade de ilegalidades cometidas nas prisões em flagrante; ou (b) uma atuação judicial pouco comprometida com o controle judicial de legalidade de atos de tal natureza.

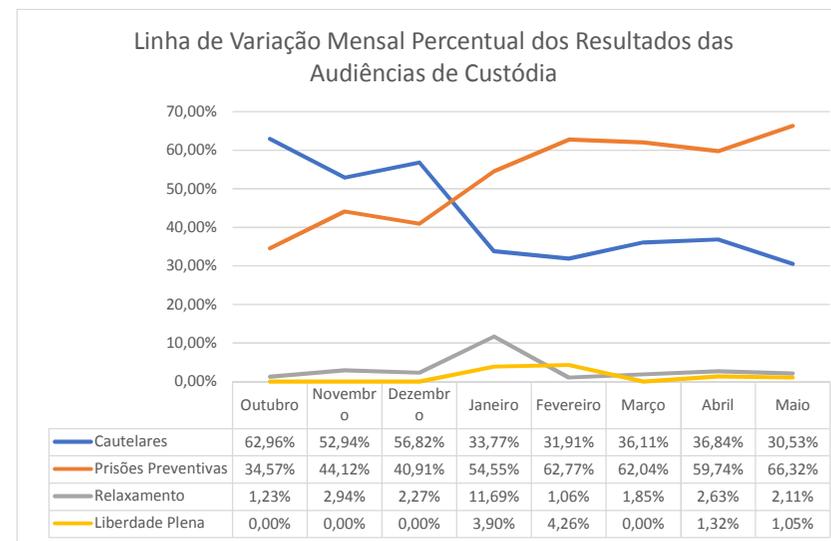


Figura 4

Em 54,56% das apresentações, o magistrado decretou a prisão preventiva do indivíduo – relegando a liberdade plena à fração de 1,39% e as medidas cautelares diversas à 40,80%. A porcentagem de prisões preventivas atinge o auge em maio de 2016 (66,32%) e sua baixa em outubro de 2015 (34,57%). As medidas cautelares ganham seu pico no mês inaugural das audiências de custódia (62,96%) e sua baixa em maio de 2016 (30,53%). O deferimento de liberdade plena, com total ausência em quatro meses (outubro, novembro, dezembro e março) não ultrapassou 4,26% (fevereiro/2016)<sup>10</sup>. Válido registrar a relação quase inversamente proporcional entre prisão preventiva e medidas cautelares diversas – o que corrobora a hipótese de que um terceiro fator (liberdade plena) não é devidamente considerado<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> É possível constatar que, no mês de janeiro de 2016, o somatório das porcentagens alcançará 103,91%. Isso, porque, peculiarmente, o magistrado decretou a prisão preventiva de três sujeitos após haver reconhecido a ilegalidade de seus flagrantes. Assim, optou-se por considerar a porcentagem de relaxamentos sobre o total de apresentações – justamente por terem sido considerados independentes pelos atores jurídicos envolvidos no caso.

<sup>11</sup> Afinal, uma relação de proporção inversa ocorre quando um fator aumenta na mesma proporção que outro diminui. Para tanto, um terceiro fator não pode existir na relação “bijetiva”, ou, se existir, não pode influenciar. No caso, o terceiro fator “liberdade plena” não parece ser considerado no momento decisório, do contrário a relação “prisão preventiva-medidas cautelares” não seriam de quase inversa proporção;

Aqui, os números anunciam uma total inversão da gradação de medidas estabelecidas pelo Código de Processo Penal. Em tese, o juiz deve considerar, primeiramente, a liberdade plena do sujeito; caso haja adequação e, sobretudo, necessidade, o magistrado poderá lançar mão de determinadas medidas cautelares (art. 319, CPP); quando tais medidas forem insuficientes, poderá o juiz valer-se da prisão preventiva.

Entretanto, o estudo demonstra a total inversão dos pressupostos legais, frustrando a expectativa de gradação entre medidas de intervenção processual. Na prática, os magistrados parecem percorrer o caminho inverso. Primeiro, verificam o cabimento da prisão preventiva (nada excepcional – 54,56% dos casos); após, caso a prisão seja descabida, partem à aplicação das medidas cautelares (40,80%), relegando a liberdade plena ao um terceiro plano (1,39%).

Não há dúvidas, portanto, sobre a necessidade de uma revisão dos pressupostos da prática judiciária, resgatando-se, novamente, os mandamentos de legislação ordinária, constitucional e convencional sobre a privação cautelar da liberdade.

### c) Resultado dos processos das pessoas presas em audiência de apresentação

Outro dado de relevância à análise da situação das prisões preventivas no país, e, mais notadamente, nas audiências de custódia, é o resultado dos processos das pessoas presas. Assim, é possível delinear um panorama sobre a (des)necessidade das segregações cautelares decretadas. Vejamos, portanto, os gráficos.

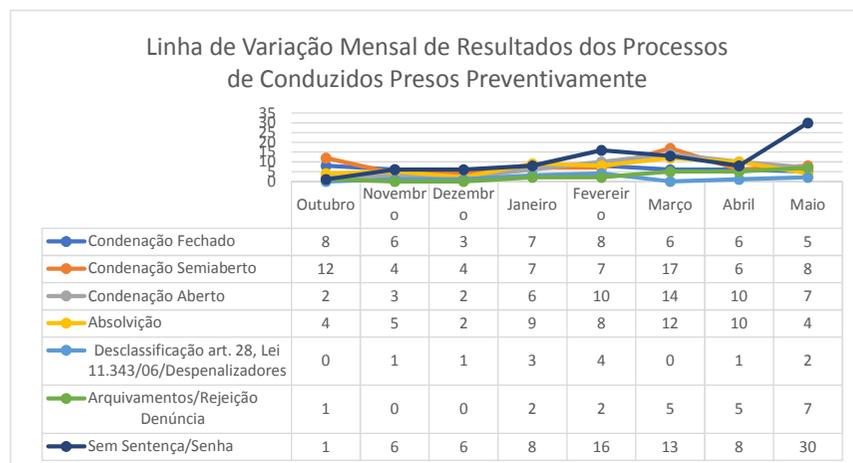


Figura 5

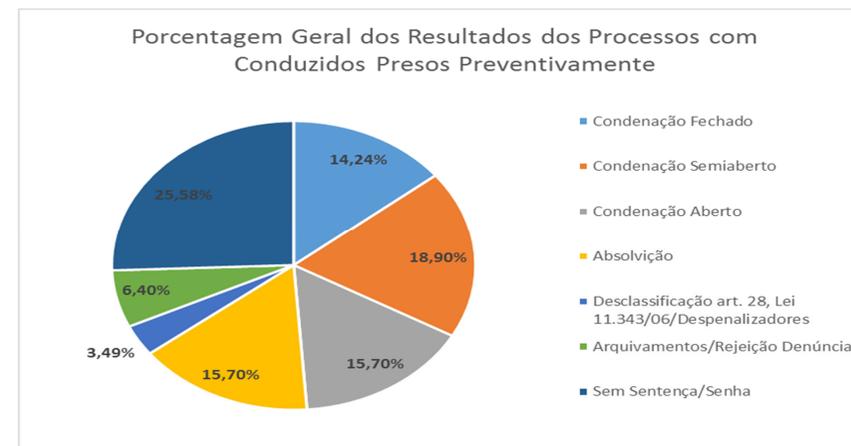


Figura 6

Apesar do alto índice de processos sem sentença (25,58%), alguns resultados merecem destaque. Em primeiro lugar, constatou-se o baixo índice de condenações em regime fechado (14,24%), em relação às sentenças de outros regimes – assim como, quanto ao percentual de absolvições (15,70%).

Uma conclusão possível sobre os dados é: há uma dificuldade dos atores jurídicos lançarem mão do “princípio da homogeneidade” – o que implica, ao menos, na impossibilidade de aplicação de medidas processuais mais gravosas que a própria pena. Afinal, ao menos em 38,09%<sup>12</sup> dos casos, não há possibilidade de cumprimento inicial de pena em regime fechado.

Ademais, um dado salta aos olhos: 6,40% dos sujeitos presos preventivamente tiveram seus procedimentos arquivados ou suas denúncias rejeitadas (sem recurso pelo Ministério Público). Aliás, em 41,29%<sup>13</sup> dos casos, a prisão preventiva mostrou-se, ao “final do processo”, inadequada ou incabível – o que demanda um novo olhar sobre o fenômeno das prisões preventivas e, principalmente, sobre o respeito aos direitos fundamentais (sobretudo, presunção de inocência). Explica-se.

Conforme se verá adiante, grande parte das prisões preventivas decretadas são pautadas no requisito da “ordem pública”, cuja vagueza é suprida com discursos de cariz

<sup>12</sup> O percentual é resultado da soma de três índices: (a) condenações em semiaberto, (b) condenações em aberto e (c) desclassificação ao art. 28 da Lei de Drogas/Aplicação de Institutos Despenalizantes;

<sup>13</sup> Tal percentual é oriundo do somatório de quatro índices: (a) condenações em regime aberto, (b) absolvições, (c) aplicação de institutos despenalizantes/desclassificação de tráfico para consumo próprio e (d) arquivamentos de APFs/rejeições de denúncia;

periculosista. Entretanto, a maioria dos discursos tem como pressuposto o cometimento do delito, em frontal ignorância ao princípio da não-culpabilidade.

Ao visualizar 22,10% de arquivamentos ou absolvições de indivíduos presos preventivamente (cerca de 142 pessoas), é inevitável passar a conceber a devida importância à presunção de inocência – em detrimento de concepções (por vezes) veladas do senso comum, tais como: “prisão em flagrante já é anúncio de culpa”, “se possui antecedentes, a prisão preventiva já é cabível”, “há um risco de reiteração da conduta criminosa” (o que já pressupõe o cometimento do delito), etc.

#### d) Aplicação dos Requisitos de *Periculum Libertatis*

Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só poderá ser decretada na presença de dois requisitos: (a) *fumus commissi delicti* e (b) *periculum libertatis*. Isto é, (a) deve haver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; e (b) deve verificar-se um risco à ordem pública, à ordem econômica, à aplicação da lei penal ou à instrução criminal. Estas quatro últimas expressões, portanto, são consideradas “requisitos do *periculum libertatis*”. A seguir, vejam os dados sobre a utilização de cada requisito<sup>14</sup>.

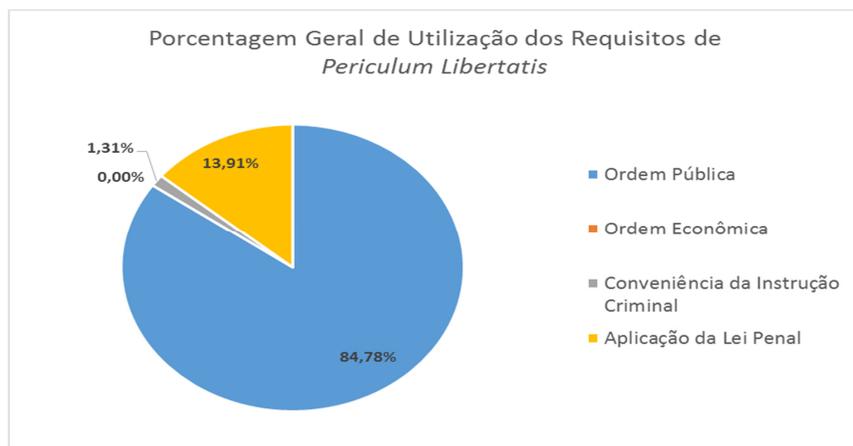


Figura 7

<sup>14</sup> Diversas decisões apresentaram uma multiplicidade de fundamentos. Assim, optou-se por estabelecer as porcentagens sobre a quantidade total de utilização dos requisitos de *periculum libertatis*;

Aqui, é possível concretizar toda a expectativa doutrinária sobre a utilização da “ordem pública” como principal instrumento de encarceramento cautelar no Direito brasileiro – entre todos os requisitos, 84,78% eram invocando a ordem pública. Outro dado interessante é a ausência de menções à ordem econômica – o que corrobora a ideia de seletividade do Sistema de Justiça Criminal.

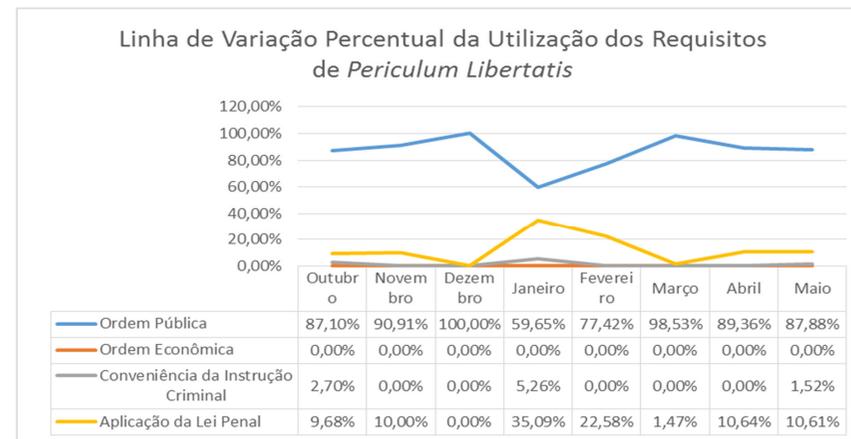


Figura 8

É indubitável a predominância da “ordem pública” – em dezembro de 2015, inclusive, foi o único requisito utilizado para fundamentar as prisões preventivas. Estamos diante, portanto, do verdadeiro trunfo (não) hermenêutico dos atores jurídicos brasileiros.

Alexandre Morais da Rosa leciona:

O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável, afinal de contas qual a conduta criminalizada que não alterou a “ordem social? Assim, o art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ [...] para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a *anemia semântica* [...].

[...], a maioria dos Tribunais manipula retoricamente as premissas para fazer prevalecer a mentalidade autoritária, com ampla utilização de prisões cautelares. (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 585-586)

A manipulação retórica da expressão “ordem pública”, portanto, revela a mentalidade autoritária dos atores jurídicos brasileiros. Há, certamente, uma dificuldade de fazer valer direitos fundamentais (ditos de primeira geração) previstos há quase três décadas na Constituição Federal. E a crítica não escapou do crivo de Aury Lopes Jr.:

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30,

período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e **utilitaristas**, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas para fazer valer seus atos prepotentes. (grifei)(LOPES JR., 2015, p. 648).

Quase passando despercebido, Aury Lopes Jr. denuncia o cerne do problema da prisão preventiva (e do Direito) no Brasil: a postura utilitarista dos atores jurídicos. Ora, como assim?

### 3 Conclusões e possíveis saídas: em busca da cura da cegueira branca do Direito<sup>15</sup>

Ante os dados apresentados, somos levados a concluir precipitadamente que a crise das prisões preventivas no país deve ser atribuída ao requisito da “ordem pública”. Entretanto, talvez a “ordem pública” seja somente um dos véus a serem removidos para encontrarmos o cerne do problema. Explica-se.

A ordem pública possui um papel fundamental na “ultrainstrumentalização” da prisão preventiva? Sem dúvidas. Os dados demonstram ser a “ordem pública” o trunfo do encarceramento cautelar – em dezembro de 2015, por exemplo, foi o único argumento utilizado nas decretações de prisão preventiva nas audiências de custódia.

Contudo, vale a pergunta: se inexistente a previsão da “ordem pública” no art. 312 do CPP, é possível concluir que o quadro brasileiro seria distinto? Em outras palavras: a “ultrainstrumentalização” da prisão preventiva, através da ordem pública, é a enfermidade em si ou apenas um sintoma?

Ambos os Professores citados em capítulo anterior não deixaram escapar um detalhe: a ordem pública como instrumento a favor da mentalidade autoritária/utilitarista dos atores jurídicos – ou seja, não parece constituir um objeto de proteção específica da Justiça, mas, sim, um meio pelo qual o Judiciário faz valer sua vontade autoritária. É possível concluir, portanto, que a ordem pública serve a propósitos, como verdadeiro sintoma de uma enfermidade mais profunda e silenciosa.

<sup>15</sup> Trata-se da doença central da obra “Ensaio sobre a Cegueira” de José Saramago – verdadeira metáfora a representar a alienação do homem. Ao contrário do preto, o branco é cor formada da união de todas as luzes. Entretanto, apesar de a união das “luzes”, não conseguimos reparar individualmente – só conseguimos enxergar o branco. Se a cegueira preta é a impossibilidade de ver as coisas (porque elas não chegam aos olhos), a cegueira branca é o extremo oposto: é justamente quando as coisas chegam aos olhos, mas o homem não é capaz de reparar. Eis a representação da incapacidade mental de reparar o mundo em sua volta (embora se o enxergue);

Assim, os questionamentos continuam: como pode uma mentalidade autoritária persistir no Judiciário da Constituição de 1988? Ou melhor, como essa resistência utilitarista/autoritária faz soçobrar os dizeres da mais alta norma de um ordenamento jurídico? Para responder à pergunta, é necessário ampliar o foco de análise.

Às vezes, no afã de buscar, legitimamente, a autonomia do processo penal, esquecemos que ele é parte inevitável de algo muito maior: o Direito. E esquecemos, sobretudo, que as crises paradigmáticas as quais atravessam o Direito também atingem o Processo Penal. Explica-se.

Após quase 30 anos, ainda não sabemos como lidar com uma constituição como a brasileira. Os atores jurídicos (academia, inclusive) não conseguem compreender o fenômeno do constitucionalismo pós-guerra. Expressão disso é a dificuldade dos juízes em lançar mão da jurisdição constitucional – o que faz dos direitos fundamentais meras promessas malfadadas.

Lenio Streck, há muito, identificava o paradoxo: “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade” (STRECK, 2014, Jurisdição..., p. 39).

Assim, não há como negar que o problema do Processo Penal (notadamente, da prisão preventiva) está inserido em um outro muito maior: a aplicação do Direito – em outros termos, como interpretar o Direito concretamente? Como os juízes devem decidir?

Certamente, tal questionamento corresponde ao principal problema do Direito e esteve no centro dos maiores embates teóricos do mundo jurídico, como entre Ronald Dworkin e Herbert Hart. Afinal, há espaço constitucional-democrático à discricionariedade judicial?

A discricionariedade judicial é um fator comum às teorias positivistas e pós-positivistas, a partir da compreensão da indeterminação do direito. Segundo Lenio,

[...], da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar nos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade *discricionária* do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, *vontade e discricionariedade* são faces da mesma moeda. (STRECK, 2014, Verdade..., p. 48).

Kelsen, no capítulo VI da Teoria Pura do Direito, assevera que o juiz, ao aplicar a norma, está diante de palavras não unívocas, o que implica em diversos sentidos possíveis de execução. Caberia à ciência jurídica estabelecer uma moldura dentro da qual estariam os limites semânticos do texto analisado. Ao juiz, portanto, é dado à escolha de um dos sentidos possíveis,

o que demonstra, ao autor, o caráter voluntarista da aplicação do Direito (KELSEN, 2013, pp. 149-154).

Por sua vez, Herbert Hart apostava na discricionariedade judicial diante dos *hard cases* – isto é, casos de especificidades tão profundas que o direito não concede uma resposta “pronta”. Robert Alexy não declara, mas formula toda a sua teoria ponderativa a partir dos *hard cases*, atribuindo nuances de cunho utilitarista ao método.

Em contrapartida,

Dworkin afirmava que, mesmo nos casos específicos no interior dos quais os positivistas conceituais reconheciam a possibilidade de decisão discricionária, seja pela falta de uma regra clara, seja por questões de divergência interpretativa, haveria, também aqui, a necessidade de se observar que tais decisões aderem a padrões normativos obrigatórios. Tais padrões seria *principios* que estariam embudidos em uma forte controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas, também -e principalmente -, moral. (STRECK, 2014, Verdade..., p. 40).

Assim, mesmo diante de “hard cases”, o julgador não pode decidir a partir de critérios alheios ao Direito. Ao contrário, há um dever moral de decidir, com integridade e coerência, e buscar preservar/cumprir os direitos das partes; há uma responsabilidade política do juiz. Lenio Streck, aproximando-se de Dworkin, busca a construção de um “direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada”. Entretanto, na ausência de um “meta-método”<sup>16</sup> a garantir a correção da resposta, pergunta-se: como conceber uma resposta adequada sem recair na vinculação absoluta entre direito e moral e sem cair na armadilha do positivismo ideológico?

Segundo Streck,

A resposta aparece, como também intuiu Dworkin, em Gadamer e sua hermenêutica filosófica. Na verdade, a hermenêutica filosófica surge como uma efetiva terceira via que passa ao largo da velha diáde *positivismo vs. Jurnaturalismo*. Novamente, aqui, o papel da filosofia – compreendida paradigmaticamente – como condição de possibilidade. (STRECK, 2014, Verdade..., p. 41).

Com as previsões principiológicas da Constituição brasileira, o embate entre direito e moral perde espaço à concepção de cooriginariedade entre ambos. Isto é, não há necessidade de buscar critérios extrajurídicos para solucionar os *gaps* do sistema; a correção moral é interna, sempre, garantindo a autonomia do Direito. Em consequência, não há espaço à

<sup>16</sup> Kelsen, acertadamente, já consignava, em sua Teoria Pura do Direito, a inexistência de um método a garantir a correção da interpretação: “Simplesmente não existe – caracterizável como juspositivo – um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados linguísticos de uma norma, só se possa salientar um como ‘correto’ [...]” – (KELSEN, 2013, p. 151);

discricionariedade judicial: texto e norma são diferentes, mas nunca cindidos – ou seja, a vontade não pode dobrar o texto ao bel prazer do juiz.

À hermenêutica filosófica, o intérprete compreende o mundo na e pela linguagem, marcado pela pré-compreensão e inserido na tradição. Isto é, não é possível cindir palavras e coisas – o que implica na impossibilidade de atribuição arbitrária de sentidos pelo intérprete<sup>17</sup>. No Direito, portanto, não há texto sem norma, nem norma sem texto. “[...] o texto já traz ‘em si’ um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa em ‘em si’ – e que é elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto” (STRECK, 2014, Verdade..., p. 347).

Assim, ao interpretar o texto, o juiz não pode ignorar o mundo (compartilhado) no qual está mergulhado. A linguagem é compartilhada e os sentidos atribuíveis são regulados pela pré-compreensão e pela tradição. Entretanto, a prática é marcada por juízes solipsistas, ou seja, o sujeito que se basta em si. Por isso, é pertinente a alusão à “cegueira branca” de José Saramago. Isso, porque um juiz solipsista é, sobretudo, um sujeito alienado – incapaz de ver e reparar, apesar de enxergar as coisas em sua volta. E, como na obra, a cegueira branca potencializa os vícios já presentes na comunidade.

Não pode o magistrado decretar a prisão cautelar do imputado como “resposta à conduta/vida criminosa” em ignorância ao devido processo legal. Não pode o juiz decretar a prisão preventiva com base no “risco de reiteração”, pressupondo, desde já, o cometimento do delito em análise, em ignorância à presunção de inocência. A Constituição é o ponto de partida hermenêutico do Direito; ela é o instrumento regulador da aplicação do Direito e os juízes possuem um “compromisso” inarredável com ela e com os direitos nela contidos.

Na democracia constitucional, os direitos dos concidadãos não podem ficar à mercê da (boa) vontade do juiz, ou, ainda, de sua compreensão de justiça, moral, economia ou política. Ter direito a algo implica no dever estatal (principalmente, do juiz) na sua preservação – e isso não se afasta por vontade do julgador.

O cenário brasileiro de prisões preventivas é, sobretudo, um resultado de uma postura solipsista do Judiciário. Daí a dantesca dificuldade em visualizar a inconstitucionalidade da lógica aplicada às decretações das prisões – privilegiando a prisão preventiva em detrimento da liberdade. Todo o quadro não seria sustentável perante uma “leitura” às luzes da hermenêutica

<sup>17</sup> Em simples palavras, essa é a razão pela qual um “ônibus” não é, nem pode ser, uma “cadeira”, e vice-versa. Não podemos descolar a palavra “cadeira” e atribuí-la à coisa “ônibus”. A linguagem possibilita o ser à coisa. Uma coisa não é, até termos uma palavra para ela. Assim, não há espaço para relativismos ou subjetividades: uma cadeira é uma cadeira e um ônibus é um ônibus, não o contrário. Senão, correr-se-ia o risco de atravessar a rua e ser arrebatoado por uma cadeira e, ao fim do dia, sentar num ônibus à mesa do jantar;

filosófica, comprometida com conclusões autênticas sobre o Direito. Um juiz, a partir desse paradigma, não poderia ignorar a tradição sobre os direitos fundamentais (nem sobre uma inautêntica tradição sobre prisões preventivas).

É necessário, portanto, dar alguns passos atrás, para podermos nos visualizar melhor dentro da crise paradigmática atravessadora do Direito. Só então, será possível falar de um “processo penal conforme à Constituição” e, assim, caminhar adiante.

#### 4 Considerações Finais

Com a exposições dos dados do sistema carcerário brasileiro e das audiências de custódia de Florianópolis, foi possível identificar uma intensa crise no Sistema de Justiça Criminal, o qual se vale da prisão preventiva às avessas da concepção de *ultima ratio*. Portanto, à pergunta inicial, cabe a resposta: as audiências de apresentação em Florianópolis não expressam uma adequada expectativa constitucional e apontam uma inserção no contexto da crise do Sistema de Justiça Criminal.

Ademais, conseguimos visualizar a “ordem pública” como um trunfo hermenêutico em favor da mentalidade autoritária/utilitarista de atores jurídicos, os quais possuem uma dificuldade em lançar mão da jurisdição constitucional em suas decisões. E, justamente por essa razão, concluímos que essa ultrainstrumentalização da “ordem pública” é mais um sintoma do que o problema em si.

Assim, identificamos que o processo penal está inserido numa crise muito maior que acomete o Direito, marcada pelo solipsismo e pela discricionariedade judicial em sua aplicação. Buscar uma saída da crise demanda uma mudança paradigmática do Direito, fugindo do velho embate entre positivismo e jusnaturalismo, voltando os olhos ao fenômeno da interpretação.

O homem é ser-no-mundo e compreende esse mundo na e pela linguagem, marcado pela pré-compreensão e inserido na tradição. Ou seja, está jogado e mergulhado num mundo compartilhado, intersubjetivo. O juiz, por sua vez, não é diferente. O texto legal (estrutura apofântica) traz consigo um sentido prévio, antecedente à compreensão, regulador dos enunciados dele resultantes. As respostas jurídicas devem, portanto, expressar essa condição de ser-no-mundo, inserido num paradigma intersubjetivo e possibilitado pela linguagem.

A hermenêutica filosófica pode ser, sim, uma possível cura à cegueira branca do Direito. Afinal, não há interpretação sem um olhar em volta e um olhar em si mesmo (tradição e pré-compreensão). Valer-se de outro paradigma, portanto, é essencial, diante do esgotamento

das teorias ditas positivistas e pós-positivistas – fugindo sempre da ilusão do Barão de Maunchausen e seu pântano.

“Se podes olhar, vê. Se pode ver, repara”. Eis o epílogo da obra de José Saramago, destinada a tratar, sobretudo, da alienação do homem. No Direito, pode-se abeberar de seu Livro de Conselhos. Afinal, nós olhamos; nós vemos; mas tudo está branco e, assim, nada reparamos.

#### 5 Referências

- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014**. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em: 08/02/2017;
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. 2017. “**A oralidade e o sistema por audiências: uma proposta para o Brasil a partir da experiência chilena**”. In GONZÁLEZ, Leonel (Dir.) e BALLESTEROS, Paula (Coord.), *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2017, p. 197-198
- SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a Cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO: PERSPECTIVAS DO CENÁRIO NACIONAL

*Otávio Santiago Gomes da Silva\**

**Palavras-chave:** Direito Constitucional, corrupção; leis anticorrupção; políticas públicas.

**Resumo:** Casos midiáticos envolvendo o fenômeno da corrupção, como os denominados “Mensalão” e “Lava Jato”, são temas de destaque entre os meios de comunicação brasileiros, apresentando um enfoque depreciativo do cenário político no Brasil. Contudo, é necessária cautela na análise da questão, sem atribuir um juízo valorativo – positivo ou negativo - a respeito das causas e das consequências do aumento da percepção da corrupção no país. De um lado, a corrupção é um problema presente no Brasil em diversas épocas e contextos políticos: da monarquia à república, da instauração da ditadura à redemocratização, da governança por partidos de direita aos de esquerda. Nessa perspectiva, a Transparência Internacional (TI) divulgou o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) 2015, onde o Brasil ocupa o 76º lugar, com 38 pontos, caindo em cinco (05) pontos no ranking internacional em relação ao ano de 2014. Por outro lado, quanto às leis brasileiras anticorrupção, sejam elas de autoria do Poder Legislativo ou Executivo, sejam da iniciativa popular, constatam-se novas tipificações e modalidades de punição aos crimes relacionados ao desvio de dinheiro público, como exemplo, a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a Lei 12.525/11 (Lei de Acesso à Informação) e a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Com isso, a ampliação dos mecanismos de combate à corrupção deu maior aparência às ações criminosas dessa natureza, conforme pesquisas divulgadas pelo Centro de Referência do Interesse Público (CRIP), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Nesse sentido, busca-se no trabalho de que forma é possível realizar a avaliação das políticas públicas de combate à corrupção, por meio da relação entre os mecanismos de fiscalização previstos em lei, e os índices de percepção da corrupção no Brasil, no período de 2007 a 2015. O lapso temporal escolhido deu-se em virtude das pesquisas realizadas em âmbito nacional pelo Centro de Referência do Interesse Público, entre 2007 a 2009, e em razão da relevância das leis como a Ficha Limpa (2010), a de Acesso à informação

\* Advogado no Estado do Rio Grande do Sul (OABRS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduando em Direito Público pela Verbo Jurídico Educacional. Mestrando no Programa de Pós-graduação em Ciência Política (PPGCPO) da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). E-mail: otaviosgs@yahoo.com.br. Telefone: (53)98117-5828. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4015424521553805>

(2011) e a Anticorrupção (2013).

**Keywords:** Constitutional Law; corruption; anti-corruption laws; public policy.

**Abstract:** Mediatc cases involving the phenomenon of corruption, such as the so-called "Mensalão" and "Lava Jato", are prominent themes among the Brazilian media, presenting a derogatory approach to the political scenario in Brazil. However, caution is needed in analyzing the issue, without attributing a positive or negative judgment to the causes and consequences of increased perceptions of corruption in the country. On the one hand, corruption is a problem present in Brazil in different political contexts and times: from the monarchy to the republic, from the establishment of dictatorship to redemocratization, from governance by right-wing parties to left-wing parties. In this perspective, Transparency International (TI) released the Corruption Perceptions Index (CPI) 2015, where Brazil ranks 76th, with 38 points, falling in five (05) points in the international ranking in relation to 2014. On the other hand, as regards the Brazilian anti-corruption laws, be they of the Legislative or Executive Power, or of the popular initiative, new typifications and modalities of punishment to the crimes related to the deviation of public money are verified, like example, Complementary Law 135 (Law of the Clean Registry Act), Law 12.525 (Law on Access to Information) and Law 12.846 (Anti-Corruption Law). As a result, the expansion of anti-corruption mechanisms has given greater appearance to criminal actions of this nature, according to research released by the Federal Public Interest Reference Center (CRIP) of the Federal University of Minas Gerais (UFMG). In this sense, it is sought in the work in which it is possible to carry out the evaluation of the public policies to combat corruption, through the relationship between the mechanisms of supervision provided by law, and the indices of perception of corruption in Brazil, in the period of 2007 to 2015. The temporal gap chosen was due to the national surveys carried out by the Reference Center of Public Interest between 2007 and 2009, and due to the relevance of laws such as the Clean Register (2010), Access To information (2011) and Anti-Corruption (2013).

### 1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um problema presente no Brasil em diversas épocas e contextos políticos: da monarquia à república, da instauração da ditadura à redemocratização, da governança por partidos de direita aos de esquerda. Atualmente, em meio aos chamados “escândalos político midiáticos” (LIMA, 2008), a imprensa, como ator que intervém na política brasileira, denuncia à sociedade as práticas corruptivas, como é o caso atual envolvendo a empresa brasileira

Odebrecht. Contudo, antes mesmo do descortinamento, empresários do setor privado não escondiam a existência de relações ilícitas com o Estado, como se observa na citação de Marcos Otávio Bezerra, do ano de 1995:

Então o que é hoje a corrupção nesse país? Pergunta-se, em entrevista publicada no Jornal do Brasil, de 25/05/92, ao empresário Emílio Odebrecht. Ao que, em seguida, responde. “Eu acho que a sociedade toda é corrompida e ela corrompe. Hoje para o sujeito resolver alguma coisa, até para sair de uma fila do INPS, encontra seus artifícios de amizade, de um presente ou de um favor. Isso é considerado um processo de suborno. O suborno não é um problema de valor, é a relação estabelecida” (BEZERRA, 1995, p. 11).

A exposição do empresário revela o que analistas do fenômeno, como Avritzer e Filgueiras (2011) confirmam: a história brasileira esteve sempre associada aos escândalos de corrupção.

Corroborando com o fato, no início de 2017, a organização não-governamental internacional (ONGI) Transparência Internacional (TI) divulgou o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) 2016<sup>1</sup>. De acordo com a TI, o Brasil ocupa o 79º lugar, com 40 pontos, subindo em dois (02) pontos no ranking internacional em relação ao ano de 2015 (CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX, 2016), mas permanece ainda em posição desvantajosa. A escala de pontuação vai de zero (país muito corrupto) a 100 (país muito limpo).

Com intuito de combater a corrupção no país, passou-se a construir, no período que sucede a promulgação da Constituição Federal (1998), uma agenda anticorrupção, buscando-se *accountability* (prestação de contas) positivo do Estado perante sociedade. Nas palavras de Avritzer (2016):

Durante a democratização, começou a se estabelecer uma importante agenda anticorrupção, cujo momento principal foi o impeachment do ex-presidente Collor. Naquele momento, novos modelos de apropriação de recursos públicos se juntaram aos já conhecidos. Um padrão surgido nessa ocasião e que vem se mantendo é o da corrupção ligada ao financiamento de campanhas políticas. Todos os principais governos no Brasil, de FHC a Lula e Dilma, sofreram acusações a esse respeito (AVRITZER, 2016, p. 17-18).

Como medidas integrantes do pacote anticorrupção, muitas leis são promulgadas ao longo do tempo, sejam elas de autoria do Legislativo ou do Executivo, sejam da iniciativa

<sup>1</sup> O IPC é um índice construído a partir de pesquisas que medem a percepção dos políticos e dos funcionários públicos nos países analisados pela TI. Dentre os organismos de fomento estão o Banco Mundial e o Fórum Econômico Mundial, disponibilizando pesquisas qualitativas, as quais são convertidas em várias escalas quantitativas. Além do financiamento por setores econômicos no cenário internacional, o índice tem revelado certa parcialidade, uma vez que a escala de percepção da corrupção em muitos países está relacionada ao papel e à presença da mídia nessa esfera política, o que interfere na opinião das pessoas entrevistadas sobre o fenômeno.

popular. Consta-se um avanço legislativo por meio da tipificação e punição com mais rigor aos crimes relacionados ao desvio de dinheiro público. Como exemplo, tem-se a Lei 9.840/99, lei da compra de votos (BRASIL, 1999); a Lei Complementar 135/10, lei da ficha limpa (BRASIL, 2010); a Lei 12.527/11, lei de acesso à informação (BRASIL, 2011); a Lei 12.846/13, lei anticorrupção (BRASIL, 2013); e a Lei 13.047/14, que garantiu autonomia à Polícia Federal (BRASIL, 2014).<sup>2</sup>

Além disso, no Brasil tem-se como instrumentos de controle o Ministério Público (MP), o Tribunal de Contas, a Controladoria-Geral da União (CGU) e as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), órgãos de fiscalização, executando as mais diversas funções no combate à corrupção. Quanto à CPIs, Fernando Filgueiras destaca a função importante das comissões, uma vez que não restringe seu controle apenas aos Poderes Executivo e Judiciário, estendendo ao próprio Legislativo. Contudo, o autor alerta que “como a motivação é política, normalmente as CPIs extrapolam os procedimentos jurídicos, submetendo-se mais à lógica dos escândalos políticos do que às questões dos fatos determinados” (FILGUEIRAS, 2008, p. 561).

Nesse sentido, busca-se no presente trabalho analisar a relação entre a avaliação das políticas públicas de combate à corrupção, por meio dos mecanismos de fiscalização previstos em lei, e os índices de percepção da corrupção no Brasil, no período de 2007 a 2015. O lapso temporal escolhido se deu em virtude das pesquisas realizadas em âmbito nacional pelo Centro de Referência do Interesse Público (CRIP), entre 2007 a 2009, e em razão da relevância das leis promulgadas – Ficha Limpa (2010), Acesso à informação (2011) e Lei Anticorrupção (2013).

Para a confecção do trabalho foram utilizados dados divulgados pela Transparência Internacional (TI) e pelo Centro de Referência do Interesse Público (CRIP), materiais bibliográficos de análise de políticas públicas, bem como o estudo das leis brasileiras que visam o combate à corrupção no Brasil.

A relevância do trabalho se dá na medida em que o tema da avaliação das políticas públicas relacionadas ao combate à corrupção é de extrema importância para Ciência Política. A análise das leis anticorrupção, como mecanismo precedente à montagem da agenda, formulação, tomada de decisão e implementação de políticas, ao longo da história brasileira, e

<sup>2</sup> Por meio de pesquisa exploratória de legislação no site da Casa Civil (PORTAL DE LEGISLAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL, 2017) pelo termo “corrupção”, pode-se constatar vigentes, desde o Código Penal (BRASIL, 1940), 26 Decretos e nove Leis que versam sobre o tema, seja tipificando condutas ou majorando penas, seja incorporando convenções internacionais ao texto constitucional.

os reflexos na percepção dos brasileiros sobre o fenômeno se faz necessário e útil no contexto nacional, principalmente diante do momento atual em que se encontra o país.

O estudo sobre as questões envolvidas na construção da agenda anticorrupção apresenta originalidade, uma vez que as referências encontradas, até então, para o trabalho apenas oferecem uma perspectiva preponderantemente negativa da situação política brasileira, sem questionar o teor e de que forma são construídas as medidas de combate<sup>3</sup>. Importante, assim, analisar os pontos positivos da fiscalização e controle dessas práticas no Brasil, sem, contudo, deixar de identificar aqueles que desvirtuam a erradicação do fenômeno, ameaçando, ainda mais, o modelo de democracia vigente no país.

## 2 POLÍTICA PÚBLICA

### 2.1 CONCEITO

O surgimento e a definição exata do significado de política pública são tarefas de difícil alcance, uma vez que os teóricos dessa área do conhecimento não chegam a um consenso, permitindo a construção de uma visão ampla e diversificada do conceito.

Em relação à origem, para Souza (2006) a política pública, como área do conhecimento e disciplina acadêmica, nasceu nos Estados Unidos com um enfoque sobre Estado e suas instituições. Por outro lado, na Europa o surgimento se deu como um desdobramento de teorias explicativas sobre papel do Estado na qualidade de governo.

Quanto à definição do que seja política pública, na visão de Muller; Surel (2002), a primeira dificuldade é do caráter polissêmico do termo “política”. Em um segundo momento, para os autores, o desafio da análise das políticas públicas vai além de compreender resultados das decisões do Estado.

Assim, diante da gama de definições trazidas por teóricos da Ciência Política, Souza (2006) enumera os principais autores, realizando um comparativo esclarecedor:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters

<sup>3</sup> Em consulta ao site [www.scielo.br](http://www.scielo.br), por meio da pesquisa de artigos e periódicos por assunto “corrupção”, foi possível localizar inúmeros trabalhos sobre o tema, destacando-se, em grande maioria, pela análise da relação entre a corrupção e a burocracia estatal, corrupção e empresas privadas, mídia e corrupção, além do fenômeno associado às eleições, aos partidos e à compra de votos.

(1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. [...] A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006, p.5).

Em um campo de tomada de decisões, Dye (1972 apud Howlett et al., 2013) traz uma definição mais conhecida, a qual “nos oferece uma formulação particularmente sucinta, em que descreve a política como ‘tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer’” (HOWLETT et al., 2013, p. 6).

Apesar de restringir o conceito ao âmbito de governo, a ideia trazida por Thomas Dye sugere que a política pública, como tomada ou não de decisão, surja para resolução de um problema e seja uma determinação consciente do agente do Estado.

Nesse contexto, como aperfeiçoamento da definição de Dye, Jenkins (1978 apud HOWLETT et al., 2013, p. 8) define política pública como “um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica”. O conceito trazido por Jenkins, portanto, ao complementar o primeiro, aborda de forma completa a noção de política pública.

Ademais, Souza ao analisar os campos (teórico-conceitual e holístico) do conceito, resume claramente a política pública com “o campo de conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)” (2006, p. 7).

Com isso, das ideias trazidas acima, o presente trabalho pretende utilizar-se do conceito de política pública, embasado em Jenkins (1978 apud HOWLETT et al., 2013), como decisão do governo que objetive um fim específico e lance meios capazes de alcançá-lo.

### 2.2 MODELO DE ANÁLISE

Passando para análise do modelo ideal a ser adotado para a resolução de problemas e avaliação de políticas públicas, o esquema do ciclo político aparece como a melhor proposta a esse trabalho. Veja-se porquê.

O esquema de ciclos originalmente surgiu das formulações de Lasswell, aperfeiçoadas por Brewer. Nas palavras de Howlett et al. (2013), contudo, foram os *insights* de Brewer que

inspiraram outras versões mais conhecidas, como a de Charles O. Jones e James Anderson.

Assim, o modelo resultante dos trabalhos de Brewer, Jones e outros, pode ser dividido em cinco etapas, sendo a primeira a (i) montagem da agenda, seguida da (ii) formulação da política, (iii) tomada de decisão, (iv) implementação e, ao fim, a (v) avaliação da política.

Detalhando a abordagem de ciclos:

Nesse modelo, a *montagem da agenda* se refere ao processo pelo qual os problemas chegam à atenção dos governos; a *formulação da política* diz respeito ao modo como as propostas de política são formuladas no âmbito governamental; a *tomada de decisão* é o processo pelo qual os governos adotam um curso de ação ou não ação; a *implementação da política* se relaciona ao modo pelo qual os governos dão curso efetivo a uma política; e a *avaliação da política* se refere aos processos pelos quais tanto os atores estatais como os societários monitoram os resultados das políticas, podendo resultar daí em uma reconceitualização dos problemas e das soluções político-administrativas (HOWLETT et al., 2013, p. 14-15).

Nas palavras de Souza (2006), essa tipologia vê a política pública por meio de um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e que constitui um processo dinâmico e de aprendizado.

Dessa forma, a escolha do modelo do ciclo político se justifica pela facilidade de entendimento do processo multidimensional, escalonando e detalhando cada momento de análise da política. Assim, a cada etapa é possível verificar atuação (ou não) efetiva dos atores e das instituições políticas.

### 3 ETAPA DE AVALIAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Após o debate a respeito da definição adequada de política pública e do modelo de análise adotado, passa-se ao detalhamento da avaliação de políticas, a última etapa do modelo do ciclo político.

Para Howlett et al. (2013), a avaliação de políticas se refere ao estágio do processo em que se determina como uma política de fato está funcionando na prática, avaliando-se os meios empregados e os objetivos atendidos. No entender de Gerston (1997 apud HOWLETT et al., 2013), a avaliação determina a eficácia da política pública, por meio das intenções e resultados percebidos.

De outra forma, Muller; Surel (2002) trazem a descrição:

A avaliação (*policy evaluation*) consiste em interrogar-se, de diferentes modos, sobre o impacto do programa. "Quais têm sido os efeitos da política decidida e implementada?" "Estes efeitos correspondem aos efeitos

esperados?" "É preciso modificar a política, na sua concepção ou na sua implementação?" São questões que balizam esta fase particular (MULLER; SUREL, 2002, p. 25-26).

Importante destacar que após a etapa de avaliação, poderá haver uma reformulação do problema e das soluções, retornando ao estágio inicial – montagem da agenda – ou a qualquer outro do processo (formulação, tomada de decisão, implementação) em que se tenha percebido eventuais falhas.

Nesse ponto, importante é o estudo sobre a determinação do sucesso ou insucesso de uma política. Contudo, de acordo com Howlett et al. (2013), não é uma tarefa fácil:

Em alguns casos de desastres inequívocos, como a queda de um avião ou a fusão de um reator nuclear, as análises podem apontar causas óbvias, como falhas técnicas, incompetência gerencial ou corrupção (Bovens e t'Hart, 1996; Gray e t'Hart, 1998). A avaliação também pode desvendar causas menos conhecidas de rupturas como a "deriva operante" ou perda de rumo, em que se permite que haja desvios cada vez maiores das normas esperadas até que, finalmente, acontece uma falha sistêmica de proporções enormes (Vaughan, 1996) (HOWLETT et al., 2013, p. 203).

Por outro lado, Howlett et al. (2013) ressaltam que o sucesso de uma política não necessariamente esteja ligado a eventos políticos, mas sim ao julgamento dos atores. Assim, "sucesso ou insucesso político muitas vezes dependem parcialmente da imputação de noções de intencionalidade aos atores (...) e que os atores políticos tinham a intenção de alcançar o que suas ações produziam" (HOWLETT et al., 2013, p. 204).

Diante desse contexto, é possível perceber que na avaliação das políticas públicas, por meio do esquema dos ciclos, além de permitir a análise cuidadosa de etapa, também necessita cautela, uma vez que o papel dos atores e instituições políticas e seus julgamentos intencionais podem exprimir juízos equivocados (sucesso ou insucesso da política quando na verdade era o contrário). Nas palavras de Labra (1999):

Isso significa que a análise da política pública é um campo complexo, dinâmico e mutante, exigindo do estudioso um cabedal de conhecimentos teóricos e de dados empíricos suficiente para que possa entender e explicar o **que fazem os governos, como e por que o fazem**. Esse tema, que está no âmago da ciência política e da análise das políticas, tem a ver com a capacidade do sistema político para tomar decisões que resolvam os inúmeros e contraditórios problemas colocados na sociedade (LABRA, 1999, p. 4).

Adentrando aos tipos de avaliação de políticas, pode-se destacar três: administrativa, judicial e política. Quanto à avaliação administrativa, de acordo com Howlett et. al (2013), há o exame da prestação eficiente dos serviços governamentais e a tentativa de determinar se o dinheiro público está sendo bem aplicado, tudo nos ditames da lei e dos princípios da justiça e da democracia.

Ainda na avaliação administrativa, pode-se dividi-la em cinco etapas: avaliações de processo, avaliação do esforço, avaliação de desempenho, avaliação da eficiência e avaliação da eficácia. Dando mais amplitude aos mecanismos, Howlett et al. (2013) afirmam que “muitos governos fizeram experiências criando órgãos especializados de auditoria interna (Adair Simmons, 1988; Good, 2003) e fomentando a participação pública no processo de avaliação” (HOWLETT et al., 2013, p. 210).

Referente à avaliação judicial, Jacobson et al. (2001 apud HOWLETT et al., 2013) atribuíram-na como aquela realizada pelo judiciário e que trata de possível conflitos entre ações governamentais e princípios constitucionais ou padrões de conduta administrativa.

Por último, o terceiro tipo é a avaliação política, ou seja, aquela “empreendida por qualquer ator que tenha algum interesse na vida política” (HOWLETT et al., 2013, p. 2012), carecendo de qualquer sistemática ou tecnicismo. Contudo, nas palavras dos autores:

Isto, porém, não invalida sua importância, porque seu objetivo inicial de empreender uma avaliação raramente é melhorar a política do governo, mas antes apoiá-la ou contestá-la. O elogio ou a crítica, nesse estágio, podem levar a novas interações do ciclo, na medida em que os governos tentam responder às críticas, da mesma forma como acontece com grande parte das avaliações mais técnicas e fundamentadas (HOWLETT et al., 2013, p. 212).

Pelo exposto, é possível concluir que a avaliação das políticas públicas é uma etapa de extrema importância no ciclo político. A análise do sucesso e da efetividade de uma política não só é uma tarefa que exige cautela, pois influencia na execução das etapas anteriores, como também demanda objetividade, imparcialidade e não intencionalidade por parte dos atores e instituições políticas.

Com isso, destacada a relevância da definição e do modelo de análise em um contexto geral, passa-se à abordagem da avaliação das políticas públicas em específico, ou seja, de combate à corrupção no Brasil.

## 4 CORRUPÇÃO E MECANISMOS DE COMBATE

### 4.1 DEFINIÇÃO

O conceito de corrupção assume diversas interpretações, conforme o período histórico e ideológico do qual seja extraído. Aristóteles possui uma visão de que a ciência prática da política gira, quase que exclusivamente, em torno das constituições ou regimes de governo. Assim, a noção de lei e justiça são fundamentais, uma vez que se “o homem sem lei é injusto e

cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos prescritos conforme à lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei” (ARISTÓTELES, 2001, p. 100).

Maquiavel define corrupção política como a escolha do bem privado em detrimento do bem comum. Em Hobbes, a distinção entre o público e o privado é insuficiente, já que na monarquia (regime preferido por ele), não haveria distinção entre o primeiro e o último. Rousseau, diferentemente, tem na noção de corrupção a ideia de destruição da vontade soberana expressa no contrato social.

Autor do século XX, o antropólogo social Marcos Otávio Bezerra entende que “a corrupção não é um fenômeno exclusivo de uma sociedade ou de um momento de seu ‘desenvolvimento’ - como sugerem teorias evolucionistas ou modernizantes” (1995, p. 12), uma vez que está presente nas formações sociais das mais distintas.

Com isso, a respeito do tema, o autor apresenta quatro tipos de definições para a corrupção, a depender do enfoque adotado:

Num ensaio preparado como introdução para uma coletânea, Heidenheimer (1970) reúne em três tipos básicos as definições mais frequentemente utilizadas pelos estudiosos. São elas: primeiro, a definição centrada no ofício público – também chamada definição legalista; desse ponto de vista, existe corrupção quando há o desvio por parte de um funcionário público dos deveres formais do cargo devido à busca de recompensas para si ou para outros. Segundo, a definição centrada no mercado; o cargo público é utilizado pelo seu ocupante como uma forma de maximizar a sua renda pessoal (definição que tem servido de base para as análises economicistas sobre a corrupção). E, em terceiro lugar, a definição centrada na ideia do bem público; neste caso, uma prática é considerada como corrupta quando o interesse comum, pensado como algo que tem existência e pode ser identificado, é violado em função da preocupação com ganhos particulares. [...] Uma alternativa a estas definições foi proposta por Gibbons (1990). Partindo da ideia de que o conceito de corrupção tem dimensões definíveis que são reconhecidas pelo público, argumenta que a definição baseada na opinião pública constitui um quarto tipo (BEZERRA, 1995, p. 13-14).

Na contemporaneidade, autores como Avritzer e Filgueiras (2011), nos quais o presente trabalho buscará embasamento teórico, acreditam que a compreensão do conceito de corrupção necessita constante reforma. Para Filgueiras (2011), não é possível descrever com precisão uma teoria política da corrupção, uma vez que não há um consenso, no mundo ocidental, sobre o conceito estante a respeito do tema. Assim, para a construção de uma concepção do que ela seja, é necessário um estudo a respeito das demais teorias políticas e do contexto histórico.

Diante disso, Filgueiras (2011) destaca em suas obras duas abordagens: a teoria da modernização e a teoria neoinstitucionalista. Para os adeptos da primeira teoria, a corrupção

está relacionada ao subdesenvolvimento, pois nesses países a mudança social é maior, o que gera desfuncionalização das instituições políticas e, por consequência, desvios de interesses públicos para os privados. Já a teoria neoinstitucionalista surge embasada na escolha racional e no novo institucionalismo, pregando um ideal individualista e de prevalência de preferências pessoais em detrimento da esfera pública.

Em trabalho recente de Filgueiras, em conjunto com Marona, contudo, os autores revisaram o entendimento, concluindo que:

Ambas as abordagens do tema da corrupção, do ponto de vista da literatura especializada internacional, carecem de um substrato de culturas políticas; tanto a abordagem da teoria da modernização quanto a econômica e institucionalista tendem a afirmar que o combate à corrupção em sociedades periféricas, como o Brasil, ocorre pela importação de modelos institucionais e experiências que se afirmaram em outros contextos (FILGUEIRAS; MARONA, 2012, p. 103).

Importante destaque de Leonardo Avritzer (2008) é a crítica com relação à associação do fenômeno da corrupção à própria identidade do brasileiro, como é o caso de alguns autores como Roberto da Matta e Sérgio Buarque de Holanda (noção timidamente apresentada nesse trabalho). Nessa linha, descreve o autor:

Por essa visão, o Brasil seria inevitável e definitivamente corrupto devido a certos valores e práticas que, presentes desde a origem, tornaram-se parte de seu caráter e de ser jeito de ser. Tal explicação, além de incorporar uma boa dose de preconceito, essencializa a história e simplifica ao atribuir uma sobrecarga explicativa à cultura, em detrimento das articulações variadas com outras dimensões da vida social (AVRITZER et al., 2008, p. 14).

Avritzer afirma, ainda, que a corrupção não é cultural e envolve a capacidade das instituições de coibir o fenômeno, punindo os corruptores. Contudo, assegura que há “limites para o combate à corrupção: no sistema político e na maneira como ele impede uma reforma política que altere significativamente seu funcionamento” (2016, p. 124).

#### 4.2. MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Adentrando à análise de políticas públicas no combate à corrupção, destacam-se os mecanismos de controle e de fiscalização anticorrupção.

Quanto a esses mecanismos de combate, em sentido genérico, podem ser subdivididos em horizontais e verticais, de acordo com Avritzer e Filgueiras (2011). Quanto aos primeiros, a forma de combate é exercida pela prevenção e por atores internos, participantes do processo político. Já nos mecanismos verticais, a prestação de contas é externa ao Estado, tendo como

atores importantes a imprensa (disseminação das práticas corruptivas) e a sociedade civil (participação e novos espaços institucionais).

No Brasil, as políticas públicas de combate à corrupção, em grande maioria, surgiram por meio das leis ordinárias e complementares, aprovadas pelo Poder Legislativo. Os dispositivos legais, contudo, não são políticas públicas, mas fazem parte do processo anterior ao início da etapa dos ciclos. A corrupção passou a ser nominada na legislação brasileira a partir do ano de 1999, com a chamada Lei da Compra de Votos (Lei 9.840/99).

Nesse sentido, as principais leis anticorrupção, que introduziram mecanismos de responsabilização e de punição de crimes, foram a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a Lei 12.525/11 (Lei de Acesso à Informação) e a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Contudo, aquela que apresentou maior visibilidade aos brasileiros foi a Lei 13.047/2014, oriunda da Medida Provisória 657, que deu maior autonomia à Polícia Federal. Com isso, após a vigência dos dispositivos legais, os mecanismos de combate à corrupção, horizontais e verticais, passaram a ingressar na montagem de agenda, formulação, tomada de decisão e implementação de políticas pelos atores e instituições.

Ademais, é possível verificar no Brasil alguns atores percebidos como os mais influentes participantes do processo de fiscalização e execução das políticas públicas anticorrupção: a Polícia Federal, o Congresso Nacional, o Poder Judiciário e a Controladoria Geral da União (CGU), de acordo com os dados divulgados pela Centro de Referência de Interesse Público (CRIP). Assim, a percepção dos brasileiros tem sido um forte indicativo na avaliação de políticas de combate à corrupção.

Percebe-se, portanto, que a aprovação das leis anticorrupção serviu de impulso para que as políticas públicas de combate à corrupção envolvessem efetivamente os atores e as instituições políticas. Nas palavras de Guimarães (2011, p. 176), “a essas reformas acrescentam-se, também, os esforços do Estado brasileiro para aprimorar o marco legal para prevenção e combate à corrupção”.

#### 5 AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO

As leis brasileiras anticorrupção, como visto na seção anterior, aprovadas no período entre 2007 a 2015, apresentaram um avanço legislativo significativo. Com a aprovação dos principais dispositivos legais (LC. 135/10, L. 12.525/11, L. 12.846/13 e L. 13.047/14), os atores e as instituições políticas passaram a incluir nas etapas do ciclo político medidas de execução

dos mecanismos de combate à corrupção. Assim, considera-se possível uma avaliação dessas políticas públicas, em termos nacionais e internacionais, por meio da percepção da corrupção no Brasil.

Quanto aos dados disponíveis sobre a percepção da corrupção dos brasileiros, encontrou-se duas fontes: a Transparência Internacional (TI) e o Centro de Referência do Interesse Público (CRIP).

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é originário do relatório anual divulgado pela Transparência Internacional (TI), oriundo da pesquisa na qual é medido o grau em que a corrupção é percebida entre funcionários públicos e políticos de um país. A organização internacional tem como definição de corrupção o abuso de poder confiado para fins privados. Desde o ano 1995 até hoje são realizados relatórios, elencando um ranking internacional da corrupção e a pontuação de cada país, onde a escala vai de zero (muito corrupto) a cem (praticamente sem corrupção).

No ano de 2016, a Transparência divulgou o IPC 2015. De acordo com a TI, o Brasil ocupou o 76º lugar, com 38 pontos, caindo em cinco (05) pontos no ranking internacional em relação ao ano de 2014.

Avritzer (2008), contudo, alertam para o aspecto economicista de muitas pesquisas que envolvem o Índice de Percepção da Corrupção, pois é realizado por meio da seleção de empresários e analistas econômicos. Nisso, os Autores enumeram três críticas importantes a essa coleta e análise de dados: (a) a dependência a interesses e visões políticas de mercado; (b) o pluralismo midiático e a atuação influente da imprensa; e (c) a concentração da corrupção da esfera pública (funcionários públicos), com o esquecimento do setor privado.

Nesse sentido, Avritzer faz crítica ao ranking internacional estabelecido entre os países, pois, primeiramente, não os diferencia entre nações democráticas e com imprensa livre das não democráticas. Uma segunda problemática da tabela é a não distinção entre estados onde há (ou não) um combate efetivo, por meio de órgãos policiais e administrativos, e por consequência, maior visibilidade das práticas corruptivas.

Com isso, Avritzer (2008) sugerem mudanças a serem realizadas na coleta de dados e na elaboração pesquisas envolvendo o Índice de Percepção da Corrupção: “a perda de posição daqueles países que não possuem instituições democráticas ou liberdade de imprensa” e “o aumento de posições de países que estão realizando operações administrativas e judiciais de combate à corrupção” (2008, p. 509-510).

No Brasil, o Centro de Referência do Interesse Público (CRIP), vinculado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em parceria com outros institutos, como a Vox Populi, realiza diversas pesquisas, dentre elas sobre a percepção dos brasileiros sobre corrupção. Entre 2006 e 2009, foram divulgados vários índices no Brasil, como dados que medem a gravidade do fenômeno, o conhecimento das ações de combate e a visibilidade das instituições e das leis de controle.

Especificamente quanto à corrupção, de acordo com CRIP, entre os anos de 2008 e 2009, 70% (setenta por cento) dos entrevistados tiveram conhecimento das operações realizadas pela Polícia Federal no combate à corrupção, sendo que 84% deles consideraram a medida efetiva.

Com isso, diante dos índices de percepção da corrupção divulgados a nível nacional e internacional, apesar da queda do IPC do ano de 2015 e da inexistência de pesquisas recentes pelo CRIP, é possível perceber algumas mudanças no cenário nacional, no período de 2007 a 2015, e de um indicativo de sucesso da política pública de combate à corrupção.

Primeiro, o aumento da percepção da corrupção há de ser considerado como uma avaliação positiva da política pública. Aprovada a lei anticorrupção e ingressando no ciclo político – montagem de agenda, formulação, tomada de decisão e implementação - os mecanismos de fiscalização e punição de agentes corruptos são postos em prática. Logo, os cidadãos percebem mais o fenômeno e ação do Estado.

Segundo, como já mencionado, a análise de políticas públicas possui três modalidades: administrativa, judicial e política. Os índices de percepção apresentados têm caráter nitidamente administrativo e político, pois, ao mesmo tempo em que os institutos de pesquisa se empenham em constatar a eficiência (ou não) das ações do governo, tem-se a tentativa de responder às críticas e à opinião pública.

Terceiro e último, é notável que os brasileiros percebam mais o fenômeno em razão da efetiva atuação dos órgãos fiscalizadores, como a Polícia Federal, e do sucesso da política pública, na etapa de avaliação do ciclo político. Com isso, afasta-se a ideia veiculada pelos meios de comunicação em geral de que os políticos seriam mais corruptos que seus antecessores ou de que partidos X ou Y são mais inclinados que outros às práticas ilícitas.

Pelas razões expostas, percebe-se a possibilidade de uma análise positiva das políticas públicas de combate à corrupção, por meio da ampliação de mecanismos de fiscalização e apuração dos crimes, previstos em leis, no período compreendido entre 2007 a 2015. A relação estabelecida entre o índice de percepção dos brasileiros sobre o fenômeno e a análise das

políticas atenta para uma gradual mudança, estimando-se uma saída favorável da situação política e emblemática que tem passado o país.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu estabelecer uma relação positiva entre a avaliação das políticas públicas de combate à corrupção, introduzidas por meio das leis brasileiras, e os índices de percepção da corrupção no Brasil.

Primeiramente, ressaltou-se a importância da compreensão do conceito e dos modelos de análise de política pública. No caso em questão, optou-se pela definição de política pública, trazida por Dye (1972 apud HOWLETT et al., 2013), como a decisão do governo que objetive um fim específico e lance meios capazes de alcançá-lo. Quanto ao modelo de ciclo político, originário de Brewer, Jones e outros (HOWLETT et al., 2013), enquadrou-se como o mais adequado para o estabelecimento de uma relação com a política pública de combate à corrupção.

Ademais, compreendeu-se a concepção de corrupção como o ato contrário a lei, praticado por agente público ou não, que tenha por objetivo o desvio de finalidade de interesse público em detrimento do interesse pessoal. Para adoção do conceito, utilizou-se as lições de Avritzer (2008) e o conceito legal de corrupção previsto no Código Penal Brasileiro.

Destacou, também, o presente trabalho, que a corrupção passou a ser nominada na legislação brasileira a partir do ano de 1999, com a chamada Lei da Compra de Votos (Lei 9.840/99), sendo seguida por 26 Decretos e nove Leis que versam sobre o tema, seja tipificando condutas ou majorando penas, seja incorporando convenções internacionais ao texto constitucional. Entretanto, aquele, dentre outros dispositivos legais, que apresentou maior visibilidade aos brasileiros do combate à corrupção exercido pelo Governo Federal foi a Lei 13.047/2014, oriunda da Medida Provisória 657, que deu maior autonomia à Polícia Federal.

Nesse sentido, foi salientada a influência das leis anticorrupção, anteriores ao ciclo político, e a importância dos atores e as instituições políticas na montagem da agenda, formulação, tomada de decisão, implementação e avaliação das políticas públicas. Nas palavras de Howlett et. al (2013):

As diferentes formas de avaliação acontecem no processo de política pública sob o comando e o envolvimento dos diferentes tipos de atores políticos no subsistema político-administrativo e resultam em diferentes *outcomes* de aprendizagem. (...) Apesar das dificuldades inerentes à determinação do

sucesso ou insucesso das iniciativas políticas, os escritos do passado sobre a questão da avaliação de políticas tenderam de forma maciça a se concentrar no desenvolvimento, crítica e redefinição das técnicas de avaliações administrativas formais (HOWLETT et al., 2013, p. 218).

Além disso, apresentou-se as análises dos índices de percepção da corrupção no Brasil. De acordo com CRIP, entre os anos de 2008 e 2009, 70% dos entrevistados tiveram conhecimento das operações realizadas pela Polícia Federal no combate à corrupção, sendo que 84% deles consideram a medida efetiva. Já a Transparência Internacional (TI) revelou um crescimento do índice de percepção entre os anos de 2006 a 2012, onde o setor público considerou o país como menos corrupto do que nos anteriores.

Por fim, o trabalho pretendeu estabelecer uma relação positiva entre o aumento dos índices de percepção e a análise das políticas públicas de combate à corrupção, no sentido de que, além de outros fatores, a ampliação dos mecanismos de fiscalização implementados foi percebida pelos cidadãos como meio de enrijecimento das práticas corruptivas.

A avaliação das políticas públicas de combate à corrupção, por meio da ampliação de mecanismos de fiscalização e apuração dos crimes, previstos na legislação brasileira, e a relação a ser estabelecida com o índice de percepção dos brasileiros sobre corrupção apresentou novidade, uma vez que o trabalho buscou acreditar a população brasileira de uma melhora na situação do país. Mesmo diante de uma opinião pública e de meios de comunicação que comumente associem o aumento da percepção à conduta dos atores políticos, como mais corruptos que seus antecessores, pelas razões apresentadas vislumbra-se um contexto diverso: uma perspectiva positiva do cenário nacional brasileiro.

## 7 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2001.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

AVRITZER, Leonardo. Índices de percepção da corrupção. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 505-510.

AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J. e STARLING, H. M. M. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

AVRITZER, L.; FILGUEIRAS, F. **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

BIASON, Rita de Cassia. **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL, Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 set. 1999. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL, Lei nº 12.527, de 11 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL, Lei nº 13.047, de 02 de dezembro de 2014. Altera as Leis nºs 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências, e 9.264, de 7 de fevereiro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 03 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL, Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 07 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO (CRIP). **Banco de dados sobre a corrupção**. 2006-2009. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/node/42>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2016. **List maintained in te Table of Results**.

Disponível em:

<[http://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016#table](http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table)>. Acesso em: 23 abr. 2017.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: *accountability* e política da publicidade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 65-94, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452011000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452011000300004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 07 mai. 2017.

FILGUEIRAS, Fernando. Comissões Parlamentares de Inquérito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 559-563.

FILGUEIRAS, Fernando. Interesses. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 151-162.

FILGUEIRAS, F.; MARONA, M. C. A corrupção, o Judiciário e a cultura política no Brasil democrático. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012. p. 99-136.

GUIMARÃES, Juarez. Interesse Público. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 173-185.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Políticas públicas: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LABRA, MARIA ELIANA. **Análise de Políticas Públicas, modos de policy-making e intermediação de interesses: uma revisão**. IN: *PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 9 (2) 131-166, 1999.

LIMA, Venício A. de Mídia. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 527-533.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A Análise das Políticas Públicas**. Pelotas: Educat, 2002.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL. Pesquisa simples por termo: **“Corrupção”**. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=/legisla/legislacao.nsf%2FFrmConsultaWeb1%3FOpenForm%26AutoFramed>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151745222006000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151745222006000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 16 jul. 2017.

## CONTRIBUIÇÕES DO MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA PARA A COMPREENSÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES COM DEFICIÊNCIA: UMA POSSIBILIDADE DE ANÁLISE

*Paula Helena Lopes\**  
*Thais Becker Henriques Silveira\*\**

**Palavras-chave:** modelo social; direitos sexuais e reprodutivos; mulheres com deficiência.

**Resumo:** A compreensão do modelo social da deficiência, que surge por volta do ano de 1980, propõe uma nova dimensão no que tange a autonomia, capacidade e inclusão social das pessoas com deficiência. A partir do olhar da segunda geração deste modelo percebe-se que a pessoa com deficiência para além de uma identidade coletiva, esta possui também características individuais e transversais a deficiência, que devem ser consideradas quando se pensa em políticas públicas e legislação específica à garantia de seus direitos. O primeiro documento jurídico internacional que conteve esta abordagem foi a Declaração Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência elaborado na convenção das Nações Unidas em 2006, o qual foi ratificado e incorporado ao ordenamento jurídico nacional em 2008. Já em âmbito nacional apenas em 2015 houve a promulgação de legislação voltada exclusivamente aos direitos da pessoa com deficiência, que foi a Lei Brasileira de Inclusão. Nessa direção, a proposta do presente artigo é discorrer com base no modelo social, em especial na segunda geração, correlacionando questões de direitos das pessoas com deficiência, especificamente sobre direitos sexuais e reprodutivos. Emerge por sua vez uma proposta de apresentar reflexões pertinentes aos eixos supracitados, partindo da ideia de compreender a inter-relação existente entre o modelo social e a garantia de direitos sexuais e reprodutivos, com aporte legal nos dispositivos acima mencionados: a convenção da ONU e a Lei Brasileira de Inclusão. Conforme se denota no presente artigo, por muito tempo as pessoas com deficiência foram legalmente classificadas como absolutamente incapazes, o que significa dizer que em vários aspectos essas pessoas tinham sua liberdade e intimidade condicionadas ao interesse de um terceiro. De igual modo essa ingerência acabava

\* Mestranda em Psicologia na Universidade Federal de Santa Catarina, paulahelenalopes.phl@gmail.com, (47) 99663-3734, <http://lattes.cnpq.br/5023243307943700>

\*\* Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, thaisbeckersilveira@gmail.com, (48) 99818-3494, <http://lattes.cnpq.br/5471526315483530>

por impactar também em direitos como os sexuais e reprodutivos. Sobre este aspecto importante consignar que se para os homens com deficiência este exercício já era questionado, para as mulheres com deficiência sequer havia uma discussão. Por tais motivos necessário em um primeiro momento compreender os processos históricos e jurídicos que levaram as pessoas com deficiência a adquirir capacidade jurídica, para só então ser possível analisar de forma completa o exercício de outros direitos como os sexuais e reprodutivos pelas mulheres com deficiência. Assim, ao final e com base no aporte teórico apresentado, foi possível concluir que em que pese tenham havido mudanças legislativas quanto os direitos da pessoa com deficiência tanto no cenário internacional como nacional, o que se percebe com relação aos direitos sexuais e reprodutivos mas também com os demais direitos é ainda um distanciamento entre o que se discute nos movimentos e organizações sociais, a lei e o ordenamento jurídico e o dia a dia da pessoa com deficiência. Por fim, oportuno ainda esclarecer que a para realização do trabalho foi utilizado o método indutivo e a técnica de documentação indireta.

**Abstract:** The comprehension of the disability social model, which emerges around 1980, propose a new dimension on autonomy, capability and social inclusion of people with disabilities. As the second generation of this model states, the disabled not only have a collective identity but also have individual characteristics that are not always related to disability, those must be taken into account when thinking about public policies and special legislation to ensure their rights. The first international legal document that contains this point of view is The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted by the United Nations in 2006 and ratified and incorporated into the Brazilian legal system in 2008. However, within the national scope, only in 2015 an exclusive legislation for people with disabilities has been promulgated, The Brazilian Inclusion Act. Following the same trend, this article's idea is, based on the social model and specially on the second generation model, to discourse correlating disabled people rights, more specifically sexual and reproductive rights. Therefore, a chance of presenting relevant reflections on the subjects above-mentioned emerges, starting from the need to comprehend the mutual relationship between the social model and the assurance of sexual and reproductive rights, legally basing itself on the tools mentioned previously: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and The Brazilian Inclusion Act. As this article states, for a very long time people with disabilities have been classified as being completely unable to do anything, which means in many aspects that those people had their freedom and privacy conditioned by another person's interests. This lack of self management, in the end, also had an impact on their sexual and reproductive rights. It is

important to clarify that although the sexual and reproductive rights of men with disabilities were assessed, women's rights on the other hand were neglected. For those reasons, first it is necessary to comprehend the historical and legal events that made people with disabilities to acquire legal power, then it will be possible to fully analyze other rights' exercise by women with disabilities, such as the sexual and reproductive rights. Finally, based on the theoretical notion presented, it was possible to conclude that although disabled people rights have seen positive legislative changes, either nationally or internationally, the way sexual, reproductive and other rights are perceived is still a distancing between what is discussed in social organizations and movements, the legal system and the ordinary life of a person with a disability. The inductive method and the indirect documentation technique have been employed to make this article.

## 1 Introdução

A necessidade de discutir sobre direitos humanos, políticas públicas e a aplicabilidade da legislação para pessoas com deficiência, especialmente no que tange aos direitos sexuais e reprodutivos, evidencia a dupla vulnerabilidade das mulheres e é tema que permeia o campo dos estudos sobre deficiência. Nessa direção, compreende-se a necessidade em refletir e realocar essa discussão teórica, no que tange aos aspectos legais e modelos de compreensão.

O modelo social da deficiência, que emerge por volta do ano de 1980, propõe uma nova dimensão no que tange a autonomia, capacidade e inclusão social das pessoas com deficiência. A consagração de tais direitos e garantias fundamentais, acontece no ordenamento jurídico brasileiro principalmente quando da assinatura da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2007, e sua ratificação pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo nº. 186 de 2008, bem como pela LBI (Lei Brasileira de Inclusão) sancionada em 2015. Tais normativas pretendem materializar as novas concepções teóricas trazidas pelo modelo social da deficiência e, com isso, possibilitar uma real inclusão da pessoa com deficiência.

O modelo social, em resumo propõe a descentralização da deficiência como problema do sujeito, transformando a sociedade como campo de possibilidades ou impossibilidades. Desse modo dissociando-se da lógica biomédica, compreende que as barreiras atitudinais,

estruturais, comunicacionais, pedagógicas e afins, são os reais inviabilizadores da vivência das pessoas com deficiência.

Ocorre que, em que pese, tenham havido grandes avanços quanto à previsão normativa de tais direitos, no cenário nacional a realidade das pessoas com deficiência pouco se alterou, as quais ainda encontram-se à margem de políticas públicas eficazes e inclusivas. Assim, faz-se necessário, na seara jurídica, um aprofundamento e amadurecimento da discussão sobre a garantia e aplicabilidade desses direitos, partindo da compreensão do modelo social da deficiência como fonte de entendimento sobre deficiência, especialmente a segunda geração desse, o qual, pautado numa intersecção feminista, aponta aspectos sobre ética do cuidado, interdependência e representatividade.

Nessa direção, a proposta do presente artigo é discorrer com base no modelo social, em especial na segunda geração, correlacionando questões de direitos das pessoas com deficiência, especificamente sobre direitos sexuais e reprodutivos, pautando-se na dupla vulnerabilidade da mulher com deficiência nesse âmbito. A intenção é ampliar o corpo teórico em relação a deficiência, gênero e o campo do direitos fundamentais.

Por sua vez, a proposta é apresentar um recorte crítico com reflexões pertinentes aos eixos supracitados, partindo da compreensão existente na inter-relação entre o modelo social e a garantia de direitos sexuais e reprodutivos, com aporte legal na convenção da ONU e na Lei Brasileira de Inclusão. Trata-se de uma síntese teórica-histórica, visando a produção crítica das autoras sobre os pontos acima objetivados. Não se pretende esgotar o assunto e tampouco impor um regime de verdade, mas sim, propõem-se uma contribuição analítica que permeia a interdisciplinaridade entre o Direito e o campo de estudos sobre deficiência.

Por se tratar de um campo recente no Brasil, os estudos sobre deficiência, a partir da segunda geração do modelo social, buscam produzir conhecimentos que poderão contribuir com a construção de práticas voltadas ao empoderamento das pessoas, em especial, das mulheres com deficiência, minimizando a vulnerabilidade enfrentada, em prol da vivência plural das diferenças e da garantia de justiça social, objetivo também comum para a área do Direito e da Psicologia.

Por fim, com o intuito de alcançar o objetivo que o trabalho se propõe, foi utilizado o método de abordagem indutivo e a técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência

### 2.1 Os diferentes modos de compreensão acerca da deficiência e a dupla vulnerabilidade da mulher com deficiência.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, 1982), deficiência é toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica. Já sob a ótica dos direitos humanos, deve-se compreendê-la como um modo de vida diferente. Sua experiência não advém de lesões ou restrições funcionais, mas sim da inserção de pessoas com deficiência em contextos sociais marcados por atitudes e barreiras físicas e comunicacionais que obstaculizam sua integração social. Na área do estudo sobre a deficiência essas visões se materializam pelos dois diferentes modelos de entendimento acerca da deficiência e da pessoa com deficiência.

O mais antigo, conhecido como modelo médico da deficiência, pauta-se em valores essencialmente biomédicos, concentrando a discussão na lesão e no “corpo lesionado” cuja consequência natural seria a deficiência. De acordo com este paradigma, um corpo com “sequelas e limitações” apresenta uma desvantagem inerente, responsável por restringir a participação social. A deficiência, dessa forma, é descontextualizada, sendo concebida como um imprevisto isolado e desprendido de qualquer ligação com as questões sociais. Segundo este modelo, a segregação enfrentada pelas pessoas com deficiência seria fruto, unicamente, de suas restrições físicas, intelectuais ou sensoriais, de forma a indicar o problema na própria pessoa e as consequências em si e em sua família, isentando, assim, a sociedade de qualquer tipo de responsabilidade pela discriminação enfrentada.

Com o decorrer do tempo e com o fortalecimento de alguns movimentos sociais de luta pela defesa dos direitos da pessoa com deficiência, passou-se a uma nova compreensão sobre o tema: o modelo social da deficiência, que ao contrário do modelo médico entende a deficiência como produto do ordenamento político e econômico capitalista, que presume um tipo idealizado de sujeito produtivo, admitindo o corpo lesado como inapto à produção. Segundo este, a deficiência é o resultado da participação de uma pessoa com deficiência em uma sociedade discriminatória. O modelo social entende a deficiência como a reunião de duas condições indissociáveis: as lesões presentes no corpo e as barreiras físicas, comunicacionais, econômicas, atitudinais e sociais impostas pela sociedade em que a pessoa está inserida. Nesse viés, a deficiência é compreendida como uma criação coletiva entre os indivíduos e a sociedade.

Sobre o tema, a autora Debora Diniz leciona que:

Se para modelo médico o problema estava na lesão, para o modelo social, a deficiência era o resultado do ordenamento político e econômico capitalista, que pressupunha um tipo ideal de sujeito produtivo. Houve, portanto, uma inversão na lógica da causalidade da deficiência entre o modelo médico e social; para o primeiro, a deficiência era resultado da lesão, ao passo que, para segundo, ela decorria dos arranjos sociais opressivos às pessoas com lesão. Para o modelo médico, lesão levava a deficiência; para o modelo social, sistemas sociais opressivos levavam pessoas com lesões experimentar a deficiência". (DINIZ, 2007, p.23).

No entanto, ainda sobre o modelo social da deficiência, importante consignar que este se deu em dois diferentes momentos com abordagens bem distintas. A primeira geração liderada por homens com lesão medular pretendia retirar do “*corpo deficiente*” a impossibilidade produtiva, no entanto, ignorou questões importantes ao contexto das pessoas com deficiência, ao pressupor que sem as barreiras, todas as pessoas com deficiência iriam automaticamente ter uma vida normatizada, conforme os esquemas de produção econômica e política, fato que distorce a realidade singular de algumas condições de deficiências mais severas.

Por sua vez, a segunda geração do modelo social da deficiência, sem desconsiderar a necessidade de autonomia e a ênfase nas barreiras sociais que obstaculizam a participação (foco da primeira geração), propôs o aprofundamento dos estudos e discussões acerca de fatores deixados de lado pela primeira geração. Entre esses fatores, destaca-se a necessidade de cuidado, a necessidade de justiça social e não a simples igualdade de direitos, bem como a relevância de se considerar os demais determinantes sociais (geração, gênero, etnia, classe social, etc.) que se interseccionam com a deficiência, ampliando as discussões e as condições sociais já articuladas (DINIZ, 2007).

A primeira geração, movimento liderado por homens com lesão medular pretendia retirar do “*corpo deficiente*” a impossibilidade produtiva, entendendo-a como responsabilidade dos meios de produção que não eram acessíveis, por não permitirem, devido à existência de barreiras arquitetônicas, que sujeitos chegassem até as indústrias e exercessem sua atividade laboral. Assim, o objetivo principal da primeira geração do modelo social era a busca por autonomia e independência. Com a segunda geração, essas premissas que por muito tempo mantiveram-se livres de críticas começaram a ser questionadas. As teóricas feministas foram as primeiras a indicar o paradoxo que tais valores representavam, visto que ao mesmo tempo em que se criticava o capitalismo e a tipificação do sujeito produtivo como aquele que não possui deficiência, não contemplavam discussões mais complexas sobre a própria organização

social pautada no trabalho e na independência. Elas levantaram a bandeira da subjetividade e trouxeram para discussão temas como o cuidado, a dor, a dependência e a interdependência.

Entendimento este que nas palavras da autora Debora Diniz, significa dizer que

(...) foram as feministas que mostraram que, para além da experiência da opressão pelo corpo deficiente, havia uma convergência de outras variáveis de desigualdade, como raça, gênero, orientação sexual ou idade. Ser uma mulher deficiente ou ser uma mulher cuidadora de uma criança ou adulto deficiente era uma experiência muito diversa daquela descrita pelos homens com lesão medular que iniciaram o modelo social da deficiência. Para as teóricas feministas da segunda geração, aqueles primeiros teóricos eram membros da elite dos deficientes, e suas análises reproduziam sua inserção de gênero e classe na sociedade. (DINIZ, 2007, p.61-62)

Dessa forma, compreende-se que para além de uma identidade comum entre as pessoas com deficiência existem dentro dessas peculiaridades que as tornam mais ou menos vulneráveis e que, assim, devem ser vistas em sua totalidade, resguardando os seus direitos enquanto coletivo, mas também enquanto indivíduo com características próprias, por vezes transversais a deficiência.

Por fim, importante ainda consignar que, tendo em vista o aporte teórico ora apresentado, o conceito em uso atualmente para deficiência, pauta-se nas concepções acima citadas, apoiadas no modelo social da deficiência. Conforme a CDPC (2008, p.2) “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Esse conceito desconstrói a ideia determinante de que a deficiência é questão individual, enfatizando as barreiras de diversas ordens que tornam a deficiência uma experiência de opressão.

## **2.2 Análise histórica da capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**

Conforme visto no presente trabalho, com o decorrer do tempo houveram grandes mudanças acerca da compreensão do conceito de deficiência bem como da interação das pessoas com deficiência com o espaço e a sociedade à sua volta. Na cultura e no ordenamento jurídico brasileiro e internacional essas alterações também estão presentes e são extremamente

importantes, principalmente quando se pretende analisar questões atuais como os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência.

Isto porque durante muitos séculos as pessoas com deficiência foram tidas como absolutamente incapazes em todos os aspectos da sua vida civil, o que acabava por impactar também em direitos como os sexuais e reprodutivos. Importante observar que se para os homens com deficiência este exercício já era questionado, por vivermos em uma sociedade machista, para as mulheres com deficiência era inimaginável. Nesse sentido faz-se necessário primeiramente compreender os processos históricos e jurídicos que levaram as pessoas com deficiência a adquirir capacidade jurídica, para só então ser possível analisar de forma atenta o exercício de outros direitos pelas pessoas e mais especificamente mulheres com deficiência, como os sexuais e reprodutivos.

O Direito Civil da modernidade têm sua origem em tradições individualistas que vieram de diferentes segmentos, mas que colocaram em primeiro lugar o indivíduo e a busca por segurança jurídica nas relações travadas entre estes. Autores como Thomas Hobbes sob um viés político e Adam Smith sob o econômico, apesar de serem importantes por primarem pela ideia de autonomia - de que cada um deveria ser autor de seu próprio destino - quando a fizeram pensaram apenas em um sujeito abstrato e não numa pessoa de carne e osso. De modo que o que se queria à época era a criação de um perfil ideal de normalidade que garantisse um padrão único de comunicação e, assim, estabilidade nas relações jurídicas e econômicas realizadas.

Tal entendimento embora tenha concedido às certas pessoas a possibilidade de se defender sem estar sujeito à outrem - como era na época do "estado de natureza" - ao criar um modelo de sujeito capaz acabou, por consequência, criando outro, este porém de sujeito incapaz para aqueles que não estivessem dentro dos requisitos.

No final do século XIX o jurista alemão Friedrich Carl von Savigny juntou essas concepções e escreveu a teoria das incapacidades, a qual definiu três diferentes indivíduos: aquele plenamente capaz, outro relativamente incapaz e, ainda, o totalmente incapaz. Esses rótulos eram atribuídas de acordo com certas características do agente e segundo o teórico a deficiência intelectual, por exemplo, era fator que levava a plena incapacidade do sujeito. Esta teoria foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro à época, conforme se depreende do Art. 5 do Código Civil de 1916, que dispunha serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Assim, é possível da simples leitura do referido dispositivo legal concluir que o que se pretendia naquele tempo era uniformizar e delimitar as relações jurídicas e as formas como estas aconteciam seja em sua constituição, manutenção e extinção. De modo que aquele que não estivesse dentro de um padrão esperado era excluído da sociedade civil, sendo interdito e relegado aos cuidados e vontades de uma terceira pessoa.

Em 1988 com a promulgação da Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana presente no referido diploma, houve uma grande expectativa quanto a mudanças legislativas no que se refere aos direitos da pessoa com deficiência. Além da eficácia negativa que protege a esfera da intimidade e os direitos da personalidade de cada indivíduo, o princípio da dignidade da pessoa humana possui também uma eficácia positiva, no sentido de que além de existir um direito de não ingerência do Estado, pode a pessoa exigir políticas públicas estatais que garantam a sua inclusão e inserção social, o que para as pessoas com deficiência era e ainda é urgente.

No entanto em que pese a Constituição Federal tenha apontado diversos encaminhamentos a serem tomados, estes foram solenemente ignorados quando da promulgação do novo diploma civilista no ano de 2002, principalmente no que se refere à capacidade civil da pessoa com deficiência, que em seus Art. 3 praticamente reproduziu o dispositivo anterior - do código de 1916 - ao definir como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil aquele que por enfermidade ou deficiência mental não possui o necessário discernimento.

Após a publicação do novo Código Civil e de outros diplomas igualmente preconceituosos e capacitistas em outros países, começaram a surgir no estrangeiro diversos movimentos sociais organizados de luta pelos direitos das pessoas com deficiência, o que acarretou em um dos principais marcos teórico-históricos do modelo social da deficiência, que foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento de direitos humanos da Organização das Nações Unidas, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2006 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 2008 como o primeiro tratado internacional com status de emenda constitucional.

Com o lema “*nothing about us without us*” (“nada sobre nós, sem nós”), a Convenção estabeleceu a importância e a indispensabilidade da presença da pessoa com deficiência no movimento de luta pela garantia de seus direitos, de modo que não mais se fale pela pessoa com deficiência, devendo esta ter autonomia para falar por si mesma. Além disso, foi o primeiro documento internacional pautado no modelo social da deficiência, que conforme já dito a

compreende enquanto resultado da participação de uma pessoa com deficiência em uma sociedade discriminatória.

Por fim, quanto aos avanços obtidos na legislação brasileira pela busca de autonomia e pela defesa dos direitos das pessoas com deficiência pode-se dizer que a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), promulgada no ano de 2015, seis anos depois da ratificação da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, foi e está sendo o primeiro passo para o reconhecimento e o fortalecimento do direito desses sujeitos. A LBI revogou o dispositivo civil neste trabalho já mencionado (Art.3 do Código Civil) que estabelecia a possibilidade de interdição de uma pessoa com deficiência, além de estabelecer a garantia e o exercício de outros direitos como educação, saúde e lazer.

Todavia a promulgação da lei ainda é recente de modo que não pode se verificar na prática a real consequência da alteração realizada. Ademais há que se considerar também que não houve nenhuma previsão específica sobre esse procedimento a serem tomados nos casos de pessoas já interditas, não havendo nenhuma menção sobre como se dará o processo de revisão desses casos, por exemplo. Alguns críticos apontam ainda para a falta de políticas públicas voltadas a conscientização dos juristas do novo dispositivo como também da família e da própria pessoa com deficiência, no sentido de esclarecer acerca dos efeitos dessa alteração.

### 2.3. A relação gênero e deficiência: direitos sexuais e reprodutivos

De acordo com os conceitos já apresentados, pode-se perceber que os direitos das pessoas com deficiência tem sofrido grandes alterações, no sentido de se reconhecer uma maior autonomia desses sujeitos ao mesmo tempo em que se percebe certas situações de vulnerabilidade, conforme se verá, que exigem maior cuidado e políticas públicas adequadas.

A garantia desses direitos surgem legalmente no cenário nacional por meio do Decreto Legislativo n.186 (Brasil, 2008), que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e posteriormente com a Lei Brasileira de Inclusão (Brasil, 2015). Em ambos os casos, a proposta central é garantir os direitos e romper barreiras que impedem a participação social da pessoa com deficiência em todos os espaços da sociedade, instituindo a partir do local de fala e vivência das pessoas com deficiência essa participação ativa, garantindo suas necessidades e direitos.

Sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência, não há previsão completa e detalhada na Lei Brasileira de Inclusão ou em outros dispositivos. Estes encontram-

se previstos em parte no art. 18 da LBI que aborda o direito à saúde, em específico no parágrafo 4, inciso 7, que garante ações e serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência com intuito de assegurar a atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito a fertilização assistida.

Todavia, em que pese tenham havido avanços com a Convenção da ONU, a LBI e a compreensão da deficiência ancorada no modelo social, a realidade das pessoas com deficiência ainda denota situações de vulnerabilidade social e descumprimento legal, como, por exemplo, os diversos relatos que existem de histerectomia involuntária em mulheres com deficiência intelectual. Ações estas que impossibilitam a efetiva inclusão e desconfiguram as garantias legais das mulheres com deficiência na vivência plena dos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse sentido, ao se pensar a intersecção gênero e deficiência, emergem discussões que anseiam a desconstrução cultural das narrativas que fomentam preconceitos e exigem o respeito integral às mulheres com deficiência. Estudos propostos por Marivete Gesser & Adriano Henrique Nuernberg (2014); Ana Cláudia Bortolozzi Maia & Paulo Rennes Marçal Ribeiro (2010); Aline Marques & Ricardo Madeira (2007) seguem nessa direção fazendo correlações com pautas de políticas públicas e direitos humanos. É importante ainda evidenciar a consonância nesses estudos a respeito de a categoria de gênero ser compreendida como potencializadora de processos opressivos, especialmente, em relação à questão sexual e reprodutiva das pessoas com deficiência.

Ademais, em outro estudo, Vera Paiva, Camila Peres & Cely Blessa (2002) evidenciaram que a vulnerabilidade da mulher com deficiência frente a sua sexualidade a coloca em situação suscetível a contrair doenças sexualmente transmissíveis, especificamente HIV/Aids. Essa condição de vulnerabilidade decorre principalmente das barreiras programáticas tais como a falta de acesso à informação e a métodos de prevenção, bem como falta de instrumentalização para que as mulheres com deficiência possam tomar decisões relacionadas à sua vida sexual.

Os estudos supracitados evidenciam a dupla vulnerabilidade das mulheres com deficiência, decorrente da intersecção entre gênero e deficiência. Esse argumento fomenta a reflexão sobre os processos exclusão sobre os corpos, que atribuem às mulheres com deficiência o lugar de assexuadas e incapazes de serem mulheres, esposas e mães, caso desejem. Esses processos de exclusão são efeitos de uma condição política capacitista que desqualifica o corpo com deficiência. Michel Foucault (1988) afirma que as estratégias de biopolítica que regem os

corpos fomentam as condições dadas sobre direito de viver e suas possibilidades de existência para determinados sujeitos.

Em torno da sexualidade, muitos mitos se tornam limitadores diretos ou indiretos para as mulheres com deficiência. Ana Cláudia Bortolozzi Maia e Paulo Rennes Marçal Ribeiro (2010) apontam que há necessidade de desconstrução de ideias preconcebidas como as de que as pessoas com deficiência são assexuadas, infantilizadas, de que elas têm falta ou excesso de desejo sexual, ausência de sentimentos, incapacidade de sentir atração ou de vivenciar sexuais de qualquer tipo. Para os autores, essas ideias precisam ser desconstruídas para viabilizar a vivência plena dos direitos sexuais de todas as pessoas. Especialmente no que tange a reprodução, os autores afirmam que a desconstrução das narrativas preconceituosas e capacitistas é um dos mais importantes eixos sobre a temática.

Sobre os mitos que inviabilizam a maternidade da mulher com deficiência, são os que evidenciam traços de significação cultural que podem atravessar a vivência das mulheres, dessa forma, causando desconforto e dúvidas sobre suas próprias experiências. Ana Helena Rotta Soares, Martha Cristina Nunes Moreira e Lúcia Maria Costa Monteiro (2008) apontam que a crença sobre a determinação biológica de ter filhos com deficiência é um dos estereótipos mais disseminados, e desencadeia inviabilizações pessoais, assimilações de falta de possibilidade e de tragédia determinista, bem como opressões familiares como apontou.

Por muito tempo a mulher com deficiência foi ainda mais oprimida em relação a sua sexualidade, em relação ao homem, pois nesse duplo contexto de vulnerabilidade, era vista como incompleta e defeituosa, uma vez que era considerada como não capaz de reproduzir e cuidar (Mello & Nuernberg, 2012). Atualmente se consolidou como umas principais demandas de reivindicação das pessoas com deficiência o direito de viver sua sexualidade de forma aceita e não vista como absurdo, ganhando um capítulo particular na legislação de direitos da pessoa com deficiência (Dandha, 2008).

A sexualidade humana, sempre foi um dos campos mais sensíveis para as práticas de pesquisa, no que tange a pessoa com deficiência acentua-se ainda mais, e muito lentamente vão sendo produzidos estudos, e tecnologias, como exames de imagens (ultrassonografia 3D) e equipamentos de apoio (carrinhos de bebê adaptados, sensores auditivos para o movimento do bebê) importantes para permitir e garantir a plena vivência da sexualidade e a garantia dos direitos reprodutivos das pessoas com deficiência. Aos poucos os mitos vão sendo desconstruídos e estudos são produzidos contexto da sexualidade da pessoa com deficiência (Braswell (2015); De Boer (2015); Piepmeier (2015) e Mills (2015).

Por fim, ainda sobre a sexualidade, é fundamental destacar sua função política de controle populacional. Para Michel Foucault (1988), a sexualidade humana enquadrada dentro do padrão da normalidade e tradicionalidade é uma forma de controle para que se produza e se mantenha sob controle as questões de natalidade e direito à vida. O poder normatizado exercido por meio da biopolítica e das ferramentas de biopoder em relação aos corpos é definido como uma estratégia governamental para validar e mensurar a produtividade/improdutividade desses mesmos corpos.

### 3 Considerações Finais

O presente trabalho teve como intuito analisar os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro a partir do modelo social da deficiência e dos movimentos de luta pelos direitos da pessoa com deficiência, com ênfase na Convenção da ONU (Brasil, 2008). Sobre o tema, oportuno consignar que as transformações sociais e também as jurídicas apresentadas neste trabalho quanto aos direitos relacionados às pessoas com deficiência em sua maioria surgem por meio da luta das pessoas com deficiência, associações de pessoas com deficiência, profissionais e demais envolvidos no processo dos estudos e militância sobre deficiência, conforme afirma Lana Junior (2010) e estão em consonância com o primeiro objetivo da convenção, que afirma “Nada sobre nós, sem nós”.

O modelo social da deficiência, em especial a sua segunda geração, defende a importância de ao mesmo tempo em que se procura a autonomia das pessoas com deficiência, no sentido de promover independência, há que se compreender que existe uma diversidade de sujeitos com deficiência e sobre estes perpassam questões transversais à deficiência em si, como gênero e raça. A mulher com deficiência, por exemplo, terá uma vivência diversa da de um homem com deficiência, da mesma maneira que uma mulher negra com deficiência vivenciará coisas que uma mulher branca com deficiência não passará. Nesse sentido, entende-se que no que diz respeito a mulher com deficiência há um duplo grau de vulnerabilidade, de modo que, compreender os direitos dos homens com deficiência é diferente de compreender o das mulheres.

Por tais fatores, o presente trabalho em um primeiro momento analisou os diferentes modelos existentes acerca da compreensão da deficiência, entendendo o lugar de fala de cada um dos sujeitos da narrativa, e em seguida ao analisar historicamente os avanços obtidos na

área dos direitos da pessoa e das mulheres com deficiência, em específico aqueles atinentes as questões sexuais e reprodutivas, procurou-se analisar o tema a partir da relação indissociável entre gênero e deficiência.

Na seara jurídica, principalmente com a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, são notáveis os avanços no que concerne à capacidade civil da pessoa com deficiência, que antes em sua maioria das vezes era tida como plenamente incapaz - de modo que após ser interdita tinha toda a sua liberdade condicionada aos desejos de uma terceira pessoa - mas que hoje entende-se em apenas alguns casos excepcionais relativamente incapaz. Este passo para além da discussão da capacidade civil em si, foi importante também para o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, por evidenciar que existe na pessoa com deficiência uma necessidade e direito de decisão sobre diversos aspectos da sua vida, os quais por certo contemplam questões relativas a sua intimidade.

Todavia, importante esclarecer que tal entendimento que ampliou os fundamentos do reconhecimento da capacidade civil para a garantia de outros direitos relacionados, como os sexuais e reprodutivos, ainda não encontra-se consolidada, por não haver legislação expressa e tão pouco doutrina jurídica sobre. Ademais, essa demora por parte do sistema jurídico em absorver os avanços sociais que acontecem na área dos direitos das pessoas com deficiência se deve principalmente pelo distanciamento que existe entre o mundo jurídico e o estudo sobre deficiência.

Assim, conclui-se ser urgente e necessária a aproximação do direito com outras áreas do conhecimento, que também abordam a questão da deficiência sobre outras perspectivas - como a do modelo social - e igualmente o incentivo, que perpassa pela garantia ao acesso a essas instâncias, à participação de pessoas com deficiência na criação, implementação e discussão de políticas públicas voltadas para a inclusão acessibilidade dos demais direitos relacionadas as pessoas com deficiência. Apenas assim será possível garantir que os avanços obtidos pelas mobilizações sociais sejam efetivamente revertidos em favor da pessoa com deficiência, em todos os aspectos da sua vida, como na garantia do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres com deficiência.

### 4 Referências bibliográficas

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

BRASIL. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

MELLO, A.; NUERNBERG A. H. (2012). **Gênero e deficiência: intersecções e perspectivas [Versão Eletrônica]**. *Estudos Feministas*, 20(3), 635 – 655. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000300003>>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

MAIA, A. C. B.; RIBEIRO, P. R. M. (2010). **Desfazendo mitos para minimizar o preconceito sobre a sexualidade de pessoas com deficiências**. *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v.16, n.2, p.159-176.

SOARES, A. H. R.; MOREIRA, M. C. N. & MONTEIRO, L. M. C. (2008). **Jovens portadores de deficiência: sexualidade e estigma**. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 13, n. 1, Rio de Janeiro, p. 185-198.

BRASWELL, H. (2015). **My two moms: disability, queer kinship, and the maternal subject [Versão Eletrônica]**. *Hypatia*, 30(1), 234 -250. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/hypa.12125/abstract>>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

DHANDA, A. (2008). **Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, 5(8), 42-59. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452008000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452008000100003&script=sci_arttext)>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

DE BOER, T. (2015). **Disability and sexual inclusion [Versão Eletrônica]**. *Hypatia*, 30(1), 66 -81. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/hypa.12118/abstract>>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

PIEPMEIER, A. (2015). **Would it be better for her not to be born?: Down Syndrome, prenatal testing, and reproductive decision-making [Versão Eletrônica]**. *Feminist*

*Formations*, 27(1), 1 -24. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/28/2/65.full>>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

MILLS, C. (2015). **The case of the missing hand: gender, disability, and bodily norms in selective termination [Versão Eletrônica]**. *Hypatia*, 30(1), 82 -96. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/hypa.12137/abstract>>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

LANA JUNIOR, M. C. M. (2010). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

GESSER, M., & NUERNBERG, A. H. (2014). **Psicologia, Sexualidade e Deficiência: novas perspectivas em Direitos Humanos**. *Revista Ciência e Profissão*, 34(4), 850 – 863. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932014000400850](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932014000400850)>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

MARQUES, A.; MADEIRA, R. (2007). **Deficiências: Direitos humanos e saúde sexual e reprodutiva**. APF. 2007. Disponível em: <[agasjm-m.ccems.pt/file.php/373/Fichas\\_APF/deficiencias\\_e\\_sr.pdf](http://agasjm-m.ccems.pt/file.php/373/Fichas_APF/deficiencias_e_sr.pdf)>.

PAIVA, V.; PERES, C & BLESSA, C. (2002). **“Jovens e adolescentes em tempos de aids: reflexões sobre uma década de trabalho de prevenção”**. *Psicologia USP*, v. 13, n. 1, p. 55-78.

## COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

*Amanda Karol Mendes Coelho\**

**Palavras-chave:** Direito processual penal; lavagem de dinheiro; cooperação penal; competência, transnacionalidade dos crimes.

**Resumo:** Esta pesquisa tem como objetivo apresentar novos critérios para a determinação da competência no processamento e no julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro, tendo como base a sua transnacionalidade, independentemente da competência dos crimes antecedentes. O debate jurídico entre competência estadual e federal ainda persiste no âmbito penal diante da ideia de que a lavagem de dinheiro está subordinada aos crimes que a antecedem.

Tendo em vista tal problemática, frisa-se que a Competência Federal para o julgamento do branqueamento de capitais deriva do artigo 2º, inciso III, alínea 'b', da Lei 9.613/98. Logo, de acordo com a legislação penal, sendo os crimes antecedentes de competência federal, o foro para processar e para julgar o crime de lavagem de dinheiro deverá ser a Justiça Federal. Mas, cite-se, por exemplo, um peculato realizado no âmbito do ente municipal, percebe-se, mesmo que o dinheiro desviado da administração pública tenha sido lavado no exterior, a determinação da competência será estadual, pois o crime antecedente não reúne a característica exigida pela Lei 9.613/98, em virtude de ter sido praticado contra a municipalidade.

Entretanto, a lavagem de dinheiro é crime previsto em Tratados e em Convenções Internacionais, o que atrai a competência para a Justiça Federal, conforme o art. 109, inciso V, da Constituição Federal, independentemente da competência do crime antecedente. Sendo assim, destaca-se que a lavagem de dinheiro (em si mesma, sem considerar qualquer crimes antecedentes) é crime previsto em Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a saber: as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003), contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000) e contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), assim como a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Barbados, 2002) e a Convenção da OCDE sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Paris, 1997).

\* Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Internacional CNPq/UFSC (Professor Cláudio Macedo de Souza). amandakarolmendes@gmail.com; (49) 99942-5342, <http://lattes.cnpq.br/7378193328848915>

Portanto, mesmo que uma infração penal antecedente seja de competência estadual, ainda assim poderá firmar-se a competência do Juiz Federal para processar e para julgar o crime de lavagem de dinheiro, se houver o elemento de transnacionalidade na reciclagem dos ativos desviados da Administração Pública. Nesse contexto, indaga-se: “como deve ser determinada a competência em relação aos crimes de lavagem de dinheiro praticados na esfera internacional a fim de que a cooperação penal seja concretizada?”. Supõe-se como hipótese de pesquisa que em caso de lavagem de dinheiro realizada parcial ou totalmente no exterior, o crime determinante para a fixação da competência federal será a própria reciclagem, não sendo necessário considerar o delito antecedente, em virtude da transnacionalidade e a sua previsão em Tratados e/ou Convenções Internacionais.

A metodologia da investigação consistirá em pesquisa bibliográfica e da análise de Tratados e de Convenções Internacionais. Essa estratégia metodológica criará as condições necessárias para a determinação dos limites da competência dos crimes de lavagem de dinheiro e, sobretudo para dar concretude à cooperação internacional na esfera penal.

**Abstract:** This research aims to present new criteria for the determination of competence in the processing and prosecution of money laundering crimes, based on their transnationality, regardless of the jurisdiction of the previous crimes. The legal debate between state and federal jurisdiction still persists in the criminal sphere in the face of the idea that money laundering is subordinate to the crimes that precede it.

In view of this problem, it should be pointed out that the Federal Competence for the judgment of money laundering derives from article 2, item III, letter 'b', of Law 9.613 / 98. Therefore, according to the criminal law, since the crimes are antecedents of federal jurisdiction, the forum for prosecuting and judging the money laundering offense should be the Federal Court. But, for example, an embezzlement carried out within the scope of the municipal entity, it is perceived, even if money diverted from the public administration has been washed abroad, the determination of jurisdiction will be state, since the antecedent crime does not A characteristic required by Law 9.613 / 98, because it was practiced against the municipality.

However, money laundering is a crime foreseen in Treaties and International Conventions, which attracts jurisdiction to the Federal Court, according to art. 109, item V, of the Federal Constitution, regardless of the competence of the antecedent crime. Thus, it should be pointed out that money laundering (in itself, without considering any previous crimes) is a crime provided for in international treaties ratified by Brazil, namely the United Nations Conventions against Corruption (Merida, 2003), against Transnational Organized Crime (Palermo, 2000)

and against Illicit Trafficking in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (Vienna, 1988), as well as the Inter-American Convention against Terrorism (Barbados, 2002) and the OECD Convention on Corruption of Foreign Public Officials in International Business Transactions (Paris, 1997).

Therefore, even if an antecedent criminal infraction is of state jurisdiction, it will still be possible to establish the jurisdiction of the Federal Judge to prosecute and to prosecute the crime of money laundering, if there is the element of transnationality in the recycling of assets diverted from the Public Administration. Along these lines, it can be asked: "how should the competence be established in relation to the crimes of money laundering practiced in the international sphere in order that the criminal cooperation be fulfilled?". It is assumed as a research hypothesis that in case of money laundering Money made in part or in full abroad, the crime determining the federal jurisdiction will be the recycling itself, and it is not necessary to consider the antecedent offense, due to transnationality and its prediction in international treaties and / or conventions.

The research methodology will consist of bibliographical and jurisprudential research, as well as the analysis of Treaties and International Conventions. This methodological strategy will create the necessary conditions for determining the limits of the competence of money laundering crimes and, above all, to give concrete expression to international cooperation in criminal matters.

## 1 INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de dinheiro trata-se de um fenômeno contemporâneo, presente como complemento das atividades delituosas, muitas vezes mantidas por associações e organizações criminosas, visando ocultar e proporcionar uma aparência lícita ao lucro proveniente de infrações penais.

Com o objetivo de prevenir e combater tal delito, o legislador brasileiro editou a Lei 9.613/1988, conhecida como "Lei de Lavagem de Dinheiro". Com diversas alterações, a Lei segue com a sua última maior adaptação proveniente da Lei 12.683/2012.

Diante do contexto histórico, é possível problematizar os dispositivos que fazem referência ao procedimento de determinação de competência em face do tipo penal em estudo. Sendo assim, por meio de pesquisas bibliográficas e comparativas entre a legislação brasileira e internacional é possível verificar que a Justiça Federal deve permanecer competente para os

crimes de lavagem de dinheiro transnacionais, isto é, que tenham sido praticadas no Brasil e em países do exterior.

Essa hipótese entra em conflito com a lei vigente brasileira, pois o critério determinante continua atrelado ao crime antecedente gerador da lavagem de ativos. Porém, é necessário analisar constitucionalmente a determinação da competência, tendo em vista que o crime de lavagem de dinheiro está previsto em uma série de tratados e convenções internacionais, o que segundo a carta magna brasileira atrai a competência da Justiça Federal.

Visualizar a competência e prática do crime de lavagem de dinheiro em uma esfera macro e internacional, contribui para um fator essencial para o seu combate: a cooperação internacional penal. O histórico de criminalização da lavagem de ativos e o contexto atual de globalização demonstram que não é possível prevenir e suprimir o crime em questão sem uma colaboração entre diferentes países.

## 2 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 Histórico

Estima-se ser milenar o emprego dos mais variados mecanismos para tornar aparentemente lícito o patrimônio proveniente de ilícitos penais. Segundo o autor Marco Antonio de Barros, sua raiz embrionária é encontrada em acontecimentos remotos do século passado. Destaca-se entre os episódios marcantes que remontam a utilização da lavagem de dinheiro na história está o conhecido caso de Alphonse (AL) Capone, filho de imigrantes italianos provindos da região de Nápoles, nascido em Nova York.

Al Capone assumiu, por volta de 1920, o controle do crime organizado na cidade de Chicago e a partir disso se tornou milionário com a venda de bebidas ilegais. O final de seu caso foi marcado por uma grandiosa investigação em suas declarações de renda, restando preso por sonegação fiscal.

Outro marco na história do crime de Lavagem de Dinheiro é o caso de Meyer Lansky. O norte-americano Meyer integrou uma organização criminosa que atuou nos Estados da Louisiana e Flórida, bem como em Las Vegas em diferentes âmbitos de atuação, entre eles o tráfico de entorpecentes e corrupção de funcionários públicos. Ao final, descobriu-se que ele ocultava os lucros ilícitos em banco suíço desde 1932 (BARROS, 2017, p. 23).

Os dois casos apresentam uma tênue ligação entre o crime organizado e a lavagem de dinheiro, quadro que permanece até a atualidade. Elucidando tal situação, a máfia e demais organizações criminosas utilizavam o dinheiro proveniente das ações ilícitas cometidas para adquirir inúmeros negócios legítimos, mesclando as referidas receitas ao longo da década de 1920 e 1930. A partir disso, a história do surgimento do termo “*money laundering*” é uma referência à exploração de máquinas automáticas utilizadas para a lavagem de roupas por parte da máfia (BARROS, 2017).

Diante do aumento dessa espécie de criminalidade, os sistemas jurídicos de diversos países iniciaram a busca por métodos que pudessem reprimir a sua prática. A Itália é considerada pioneira no combate ao crime de lavagem, editando uma norma legal no Código Penal Italiano (Lei 191/1978), segundo a qual se passa a incriminar a substituição do dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro (BARROS, 2017, p. 23). No entanto, cabe ressaltar que os Estados Unidos da América já vinham atuando no combate a esse tipo de delito.

Além desses marcos históricos, fatores distintos contribuíram para a formação de uma cultura internacional de combate ao crime de lavagem de capitais. Entre eles destaca-se o próprio contexto da globalização, que por si só fomentou a ocorrência de crimes considerados transnacionais.

Diante desse quadro, em dezembro de 1922 os representantes de mais de 100 países subscreveram a Convenção de Viena durante a Conferência das Nações Unidas. A Convenção determinou por consenso que a criminalização da lavagem de dinheiro deveria constar dos ordenamentos jurídicos internos dos países presentes àquele ato (BARROS, 2017).

Em março de 1998, dando continuidade aos compromissos internacionais assumidos a partir da assinatura da Convenção de Viena, o Brasil aprovou a Lei nº 9613, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro.

Por fim, denota-se que atualmente o desenvolvimento da globalização proporcionou maior integração entre os mercados e a consequente interdependência econômica dos países, geralmente difundida no seio de blocos econômicos regionais, podendo ser mencionado como exemplo a União Europeia. Nesse cenário, é possível verificar a multiplicação das relações jurídicas legais e ilegais que coexistem e resultam na criminalidade impulsionada pela interdependência generalizada, fazendo com que ações locais e singulares tenham consequências gerais, longínquas e inesperadas, característica preponderante dos crimes transnacionais (BARROS, 2017, p. 25).

## 2.2 Conceito de Lavagem de Dinheiro

A expressão lavagem de dinheiro (*money laundering*) foi empregada pela primeira vez, no âmbito judicial, em 1982, em um tribunal dos Estados Unidos da América, no curso de processo que denunciava suposta lavagem de dinheiro originário de tráfico de cocaína colombiana (CORDERO, 1997, p.92).

Análise do termo “lavagem” significa a adaptação de uma metáfora, isto é, simboliza a necessidade de o dinheiro manchado pelo crime ser lavado de diferentes maneiras no âmbito financeiros, para depois a estes retornar limpo, sem deixar nenhum rastro de sua origem criminosa, e aparentemente lícito. Ainda sobre tal definição, frisa-se que embora se tenha popularizado a expressão “lavagem de dinheiro”, a legislação brasileira não se limita a tipificação da lavagem de moeda, incluindo o combate à ocultação de outros capitais ou ativos, tais como bens, direitos e valores.

Na doutrina estrangeira predomina a conceituação no sentido de que a lavagem de dinheiro se caracteriza na operação, ou por meio de um conjunto de operações comerciais, bancárias, ou financeiras que buscam a incorporação, na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita para dar-lhe aparência legal (BARROS, 2017).

Posteriormente a conceituação do termo, cabe destacar que o estudo da lavagem de dinheiro no ordenamento penal centra-se em duas direções: a tipificação do crime e o confisco dos bens de origem criminosa. Já na esfera da cooperação internacional a atenção se volta aos tratados e convenções que se destinem à cooperação internacional (ANSELMO, 2013).

## 2.3 O crime de Lavagem de Dinheiro no Brasil: Lei n. 9.613/98 e as alterações segundo a Lei n. 12.683/2012

A partir da década de 1990, o Brasil estabilizou sua economia e tornou-se um país atrativo para o mercado da lavagem de capitais. Por ser signatário da Convenção de Viena, o país passou a criminalizar a lavagem de dinheiro com a edição da Lei n. 9.613, de 3.3.1998, criando também o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, unidade de inteligência financeira (ANSELMO, 2013, p. 44).

Cabe ressaltar o conceito de lavagem de dinheiro apresentado pelo COAF como:

um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de moço transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve teoricamente fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

A redação originária da Lei n. 9.613 apontava uma série de crimes que poderiam ensejar a lavagem de dinheiro, formando um rol taxativo de condutas antecedentes. Na antiga redação, só haveria crime de lavagem de capitais se todo esse processo de mutação financeira ocorresse tendo como objeto o produto de determinados crimes como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins ou de terrorismo e seu financiamento.

Com a reforma legislativa introduzida pela Lei n. 12.682, de 9.7.2012 o art. 1º foi alterado, excluindo esse rol taxativo de crimes antecedentes e ampliando a definição para qualquer infração penal, seja ela crime ou contravenção penal, que gere algum proveito econômico passível de ser ocultado ou dissimulado em sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade. Assim, atualmente é possível, a título de exemplo, a responsabilização por lavagem de dinheiro tendo como infração penal antecedente o jogo do bicho.

Hoje, no Brasil, entre os crimes antecedentes que mais fomentam a lavagem de ativos, segundo o autor Marco Antonio de Barros, as seguintes infrações penais: latrocínios e roubos em geral, especialmente aqueles praticados em agências bancárias e contra transportadoras de mercadorias valiosas; a avassaladora corrupção e demais crimes praticados em todos os níveis da administração pública e política; tráfico de drogas; contrabando de armas e de mercadorias em geral; fraudes eletrônicas cometidas no sistema financeiro e em sistemas bancários, comerciais, governamentais e industriais (BARROS, 2017)

Além disso, as alterações apresentadas pela Lei nº 12.683, de 2012 trouxeram importantes avanços para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, dentre elas pode-se citar a ampliação do rol de atividades legalmente obrigadas a informar ao COAF movimentações atípicas por parte de seus clientes, ampliando os sujeitos obrigados a reportar operações, tais como cartórios, profissionais que exerçam atividades de assessoria ou consultoria financeira, representantes de atletas e artistas, entre outros.

Por fim, cabe destacar que a análise do crime de lavagem de dinheiro deve ser realizada de forma sistemática, isto é, abordando a existência de regras especiais de processo penal, bem como destacando a implementação de um modelo próprio de colaboração jurídica internacional,

tendente a intensificar a reciprocidade das ações investigativas que facilitem a obtenção de provas desse ilícito penal (BARROS, 2017, p. 22).

### 3 JUÍZO COMPETENTE NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Alguns critérios estabelecidos para a definição do órgão jurisdicional competente para processo e julgar o crime de lavagem de dinheiro estão dispostos na legislação específica em vigor.

Inicialmente, cabe analisar o art. 2º, III, “a” da Lei de Lavagem, segundo o qual, são de competência da Justiça Federal os processos que tiverem por objeto a apuração de crimes praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Tal estipulação confere com algumas das causas de fixação constitucional da competência atribuídas aos juízes federais. (BARROS, 2017).

Segundo o mesmo autor, a competência da justiça federal em razão de crimes financeiros e econômicos se destina à lavagem decorrente de lucro auferido pela prática de crime antecedente, cuja conduta criminosa se amolde a um dos tipos penais ditados pelas seguintes Leis: Lei 7.492/1986, conhecida como “Lei dos Crimes de Colarinho Branco”; Lei 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e Lei 8.176/1991, que tipifica os crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis.

Da mesma forma cabe à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções.

Por fim, conforme a Lei de Lavagem, será igualmente competente o juízo monocrático federal, para processar e julgar o crime de lavagem, quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal. Em *contrario sensu*, caso o crime antecedente seja de competência da Justiça Estadual, em mesma esfera será processado e julgado o crime de Lavagem de Dinheiro. Sendo assim, verifica-se que o debate jurídico entre competência estadual e federal ainda persiste no âmbito penal diante da ideia de que o critério que estabelece a competência para julgar e processar o crime de Lavagem de Dinheiro está subordinada aos crimes que a antecedem.

Essas são as hipóteses apresentadas pela Lei de Lavagem para considerar a Justiça Federal competente para a persecução do referido crime. No entanto, o problema encontra-se na ausência de dispositivo normativo inserido na Lei 9.613/98 que faça referência a competência da Justiça Federal mediante o elemento de transnacionalidade, independente da origem do crime antecedente.

Sendo assim, afirma-se o entendimento de que no caso de lavagem de dinheiro realizada parcial ou totalmente no exterior, o crime determinante para a fixação da competência federal será a própria reciclagem dos ativos, não sendo necessário considerar o delito antecedente. Para elucidar tal hipótese, cita-se como exemplo o seguinte caso: o crime antecedente possui competência estadual, constituindo um peculato contra um ente municipal, ainda assim é possível firmar a competência à Justiça Federal se houver o elemento de transnacionalidade na lavagem do capital desviado da Administração Pública.

Segundo o autor Vladimir Aras, a hipótese se confirma a partir da análise do crime de lavagem de dinheiro estar previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003), Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000) e Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), assim como a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (Barbados, 2002) e Convenção da OCDE sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Paris, 2007) (ARAS, 2009).

Em específico, devem ser conferidos, segundo o mesmo autor:

[...] o artigo 3º, parágrafo 1º, letra b, 'i' e 'ii', da Convenção de Viena (integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 154/1991), o artigo 6º da Convenção de Palermo (promulgada pelo Decreto 5.015/2004) (7), o artigo 23 da Convenção de Mérida (Decreto 5.687/2006), o artigo 6º da Convenção de Barbados (Decreto 5.639/2005) e o artigo 7º da Convenção da OCDE (Decreto 3.678/2000). Em todos esses dispositivos, os Estados Partes se obrigaram a tipificar o crime de lavagem de ativos. Todas essas convenções foram devidamente integradas ao ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o procedimento bifásico de formação de vínculos convencionais. Portanto, são tratados em vigor, com força de lei federal ordinária. (ARAS, 2009).

O processo completo de lavagem de dinheiro é composto por no mínimo três fases: ocultação, dissimulação e integração dos bens à economia formal. Os autores Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini explicam que a primeira fase consiste na ocultação, movimento inicial utilizado para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens,

seu afastamento do local da prática da infração antecedente. Apresenta-se como exemplo de ocultação a conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira ou depósito em contas de terceiros, conhecidos como laranjas (BADARÓ; BOTTINI, 2013).

A segunda etapa consiste na dissimulação do capital, a qual se caracteriza pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita (BADARÓ; BOTTINI, 2013). Segundo os mesmos autores, a finalização do processo consiste na integração que constitui o ato final da lavagem, isto é, busca introduzir os valores ilícitos na economia formal com aparência lícita. Isso se dá com a reciclagem em simulações de negócios lícitos, como na compra e venda de imóveis com valores diferentes do mercado, transações de importações/exportações com preços subfaturados. Cabe frisar que a legislação brasileira não exige a completude das etapas descritas para a tipicidade do crime de lavagem de dinheiro.

A partir do exposto é possível fixar que se em qualquer de suas etapas, a conduta atingir o território brasileiro e o de outro país, estará determinada a competência federal. Esse posicionamento é ratificado conforme o artigo 109, inciso V, da Constituição o qual dispõe que compete à Justiça Federal julgar os “crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

Dessa forma, basta que ocorra condutas comissivas ou omissivas no Brasil e no exterior, na forma consumada ou tentada. O juiz federal José Paulo Baltazar Júnior aduz o entendimento:

[...] também é de competência da Justiça Federal o crime de lavagem quando este for transnacional em decorrência da previsão do artigo 109 da Constituição Federal e da existência de tratados internacionais, como é o caso das Convenções de Viena, de Palermo e das Nações Unidas contra a Corrupção. Nesses casos, será suficiente para firmar a transnacionalidade da lavagem, ainda que o crime antecedente seja interno. (BALTAZAR JUNIOR, 2009, p. 579)

Vladimir Aras também apresenta como exemplo para a melhor visualização da afirmação, que se a ocultação e a integração ocorrerem no exterior, e o crime antecedente tiver sido praticado no Brasil (ou vice-versa), a competência também será da Justiça Federal. Na mesma senda, se os agentes criminosos constituírem *offshores* em paraísos fiscais e utilizarem tais pessoas jurídicas interpostas para a lavagem de ativos obtidos no Brasil ou no estrangeiro, para posterior integração e utilização no próprio território nacional, haverá reciclagem transnacional (ARAS, 2009).

Diante do exposto, para a correta determinação do juízo competente é necessário examinar as etapas que integram seu processo causal, com posterior identificação do local de ocorrência. Conforme o artigo 109, inciso V, da Constituição e de tratados internacionais específicos ratificados pelo Brasil, a lavagem transnacional de dinheiro será fator determinante para atrair a competência federal.

#### 4 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PENAL EM FACE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Inicialmente cabe apresentar o conceito de cooperação jurídica internacional apresentada por Carolina Yumi de Souza:

pode ser considerada como um intercâmbio entre Estados soberanos, destinando-se à segurança e à estabilidade das relações transnacionais. Tem por premissas fundamentais o respeito à soberania dos Estados e não impunidade dos delitos (SOUZA, Carolina, 2008, p.300).

Em âmbito penal, Vladimir Aras conceitua cooperação penal internacional como

o conjunto de mecanismos jurídicos postos à disposição de Estados e organizações internacionais especializadas para viabilizar ou facilitar a persecução criminal ou a execução penal. Trata-se de modalidade do gênero cooperação jurídica internacional, que engloba também instrumentos civis de ajuda intertática (ARAS, Vladimir, 2010, p.61).

A perspectiva transnacional do crime de lavagem de dinheiro liga-se diretamente com a necessidade da cooperação internacional para que seu combate seja efetivado, e o reconhecimento de tal elemento para a delimitação da competência deve ser considerada como uma das maneiras para contribuir tanto para a prevenção quanto retenção do crime.

Dessa forma, a partir da previsão em Tratados e Convenções internacionais e do elemento de transnacionalidade quando a lavagem de ativos é realizada parcial ou totalmente no exterior, o crime determinante para a fixação da competência federal será a própria lavagem, não sendo necessário analisar o delito antecedente.

Ratificando esse posicionamento e considerando a internacionalização do crime de lavagem de dinheiro, o combate à criminalidade internacional não pode ser levado a cabo com eficácia mediante iniciativas estatais isoladas e internas, mas unicamente por meio da cooperação em escala internacional.

Para tanto, no ano de 1989 o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF) surge com a finalidade de examinar medidas, desenvolver e promover políticas

de combate à lavagem de dinheiro. O Brasil passou a integrar o GAFI/FATF em 1999, como observador, tornando-se membro efetivo em 2000.

A criação de organismos internacionais como a GAFI é um claro reflexo do significativo fluxo mundial de dinheiro proveniente de lavagem. Apesar de não existir uma estatística segura sobre o referido fluxo, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial apresentam projeções e estimativas de que o montante pode variar entre 5% e 10% do PIB global, sendo que 80% desse total seria gerado pelo narcotráfico (BARROS, 2017, p. 26).

O valor se torna expressivo na medida que, segundo o autor supracitado, as ações de lavagem se alastram para além do fato de globalização econômico-financeira, pois outro fato que contribui decisivamente para o incremento transnacional dessa modalidade criminosa são os chamados "paraísos fiscais". Esses países interferem muito pouco no plano tributário, nas atividades e transações comerciais e financeiras de caráter internacional e dessa forma permitem que elas se realizem em seu território sem originar a costumeira obrigação de recolhimento de tributo (BARROS, 2017).

Segundo Barros, o Brasil não é considerado um "paraíso fiscal", pois é possível considerar a legislação pátria que rege o mercado financeiro como rígida, sendo que a própria Lei de Lavagem possui caráter intervencionista, dificultando a modalidade criminosa.

Ainda quanto ao combate ao crime de lavagem em esfera brasileira, destaca-se o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (CAOF), a qual trabalha para a prevenção da lavagem de dinheiro. O COAF consiste em uma unidade de inteligência criada no âmbito do Ministério da Fazenda pela Lei 9.613/98 (alterada pelas leis 10.701, de 9/7/2003 e 12.683 de 9/7/2012) e com organização e estrutura definidos pelo Decreto 2.799/98. O Conselho é composto por representantes do Banco Central do Brasil (BCB), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), da Receita Federal do Brasil (RFB), entre outros.

Destaca-se, ainda, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado por meio do Decreto 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, e subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. O Departamento tem como principais funções analisar cenários, identificar ameaças, definir políticas eficazes e eficientes, bem como desenvolver cultura de combate à lavagem de dinheiro. Essas funções têm como objetivo a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita e de produtos de atividades criminosas, tais como as oriundas do tráfico de entorpecentes, do tráfico ilícito de armas, da corrupção e do desvio de verbas públicas. Além disso, o DRCI é responsável pelos

acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria cível, figurando como autoridade central no Brasil para intercâmbio de informações e de pedidos judiciais internacionais.

Por fim, cabe destacar a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003 para suprir a falta de articulação e de atuação estratégica coordenada do Estado no combate à lavagem de dinheiro, a inexistência de programas de treinamento e capacitação de agentes públicos, a dificuldade de acesso a bancos de dados, como também a carência de padronização tecnológica e a insuficiência de indicadores de eficiência. Além da articulação entre os órgãos envolvidos no combate a esses ilícitos, a ENCCLA define metas anuais, bem como ações e recomendações para a consecução dessas metas, a serem realizadas pelos membros da Estratégia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa exposta apresenta como objetivo propor um novo critério de determinação de competência no processamento e no julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro da legislação pátria vigente. Atualmente, o art. 2º, III, “a” da Lei de Lavagem aplica a competência da Justiça Federal aos processos que tiverem por objeto a apuração de crimes praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Tal estipulação confere com algumas das causas de fixação constitucional da competência atribuídas aos juízes federais.

Ainda, conforme a Lei de Lavagem, será igualmente competente o juízo monocrático federal, para processar e julgar o crime de lavagem, quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal. A partir da lei vigente, caso o crime antecedente seja de competência da Justiça Estadual, em mesma esfera será processado e julgado o crime de Lavagem de Dinheiro. Sendo assim, verifica-se que o debate jurídico entre competência estadual e federal ainda persiste no âmbito penal diante da ideia de que o critério que estabelece a competência para julgar e processar o crime de Lavagem de Dinheiro está subordinada aos crimes que a antecedem.

Essas são as hipóteses apresentadas pela Lei de Lavagem para considerar a Justiça Federal competente para a persecução do referido crime. No entanto, a problemática apresentada na pesquisa encontra-se na ausência de dispositivo normativo na Lei 9.613/98 que

faça referência a competência da Justiça Federal mediante o elemento de transnacionalidade, independente da origem do crime antecedente.

A lei vigente não leva em consideração que a lavagem de dinheiro é crime previsto em Tratados e em Convenções Internacionais, o que atrai a competência para a Justiça Federal, conforme o art. 109, inciso V, da Constituição Federal, independentemente da competência do crime antecedente, sendo essa a hipótese fundamentada ao longo da pesquisa.

Sendo assim, o elemento de transnacionalidade, independente da competência dos crimes antecedentes, deve ser preponderante diante do debate jurídico entre competência estadual e federal, estabelecendo a competência do juízo federal em caso positivo de transnacionalidade.

A transnacionalidade refere-se ao caso de lavagem de dinheiro realizada parcial ou totalmente no exterior, no qual o crime determinante para a fixação da competência federal será a própria reciclagem dos ativos. Elucidou-se tal hipótese, com o seguinte exemplo: o crime antecedente possui competência estadual, constituindo um peculato contra um ente municipal, ainda assim é possível firmar a competência à Justiça Federal se houver o elemento de transnacionalidade na lavagem do capital desviado da Administração Pública.

A partir do exposto, alega-se que se em qualquer de suas etapas, a conduta atingir o território brasileiro e o de outro país, estará determinada a competência federal. Esse posicionamento é ratificado no artigo 109, inciso V, da Constituição o qual dispõe que compete à Justiça Federal julgar os “crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

Além disso, abordou-se que a perspectiva transnacional do crime de lavagem de dinheiro liga-se diretamente com a necessidade da cooperação internacional para que seu combate seja efetivado, e o reconhecimento de tal elemento para a delimitação da competência deve ser considerada como uma das maneiras para contribuir tanto para a prevenção quanto retenção do crime.

Diante do questionamento de como deve ser determinada a competência em relação aos crimes de lavagem de dinheiro praticados na esfera internacional a fim de que a cooperação penal seja concretizada, estabeleceu-se como hipótese de pesquisa que em caso de lavagem de dinheiro realizada parcial ou totalmente no exterior, o crime determinante para a fixação da competência federal será a própria reciclagem, não sendo necessário considerar o delito

anterior, em virtude da transnacionalidade e a sua previsão em Tratados e Convenções Internacionais.

Ainda, ratificando esse posicionamento e considerando a internacionalização do crime de lavagem de dinheiro, o combate à criminalidade internacional não pode ser analisado mediante iniciativas estatais isoladas e internas, mas unicamente por meio da cooperação em escala internacional.

Em suma, para a correta determinação do juízo competente é necessário examinar as etapas que integram seu processo causal, com posterior identificação do local de ocorrência. Conforme o artigo 109, inciso V, da Constituição e de tratados internacionais específicos ratificados pelo Brasil, a lavagem transnacional de dinheiro será fator determinante para atrair a competência federal.

## 6 REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. **O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro transnacional é de competência federal**, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-16/lavagem-dinheiro-transnacional-crime-competencia-federal>>. Acesso em: 15 de junho. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2008.

## DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: OBJEÇÕES A PROPOSTA DE SERES HUMANOS SEREM JULGADOS POR MÁQUINAS

*Elizeu de Oliveira Santos Sobrinho\**  
*Mickhael Erik Alexander Bachmann\*\**

**Palavras-chave:** Direito; Inteligência Artificial; julgamento; máquinas; objeções.

**Resumo:** No ano de 2015, conhecidos pesquisadores e membros de importantes companhias que investem em tecnologias publicaram uma carta aberta com a intenção de registrar a necessidade de avançar no campo da Inteligência Artificial (IA) com cautela, evitando descuidos e potenciais armadilhas que podem causar prejuízo a humanidade e minimizar benefícios e conquistas sociais. Entre os nomes que assinaram a carta estão os de Steve Wozniak (Apple), Elon Musk (Tesla Motors), Demis Hassabis (Google), Noam Chomsky, Sam Harris, Stephen Hawking, Stuart Russell, Peter Norvig, Nick Bostrom e uma série de outros pesquisadores de renome internacional. Essa preocupação mostra-se justificável em razão das implicações dos avanços da IA, por vezes sem pedir licença, em diversas disciplinas distintas como a Filosofia, Matemática, Neurociência, Psicologia, Economia e outras. Para os juristas e a para a academia jurídica resta a indagação: restaria o Direito incólume diante dos avanços da IA? A resposta parece ser negativa. Com o advento do processo eletrônico, a celebração de contratos no ambiente virtual, procedimentos cartorários automatizados, *softwares* capazes de auxiliar o magistrado na confecção de decisões, abre-se espaço para discutir um cenário em que os magistrados humanos perderão seu espaço para magistrados máquinas, isto é, programas especialmente elaborados para prolatar decisões que resolvam controvérsias entre seres humanos. Hodiernamente é possível consultar alguns casos práticos em que foram utilizadas técnicas oriundas da Inteligência Artificial para realizar o julgamento de demandas humanas. Alguns autores defendem que a proposta de utilizar programas decisórios jurídicos será uma realidade largamente difundida, e as mesmas funções que hoje são realizadas por magistrados serão eficazmente realizadas por estes programas. Evidente que essa proposta não é isenta de

\* Possui Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI), mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). E-mail: [elizeu.oliveira@unidavi.edu.br](mailto:elizeu.oliveira@unidavi.edu.br). Fone: (47) 98874-3639. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5470676308027058>

\*\* Possui Licenciatura em História e Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI), especialista em História, Cultura e Patrimônio pela Celer Faculdades, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. E-mail: [mickhael@unidavi.edu.br](mailto:mickhael@unidavi.edu.br). Fone: (47) 99741-9042. Link para currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3497204295136045>

críticas e merece consideração por parte dos profissionais do direito. Desse modo, o objetivo do presente trabalho é elencar e analisar algumas das possíveis objeções e dificuldades para a concretização dessa proposta, especialmente no que diz respeito a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico. As objeções aqui levantadas dizem respeito a elementos da área jurídica, não se adentrando, assim, em elementos morais, sociológicos e por diante. O método utilizado na elaboração do trabalho foi o hipotético-dedutivo e as técnicas de pesquisa consistiu em pesquisa bibliográfica e fichamento.

**Keywords:** Law; Artificial Intelligence; judgment; machinery; objections.

**Abstract:** In the year 2015, well-known researchers and members of leading technology-invested companies published an open letter with the intention of recording the need to move forward in the field of Artificial Intelligence (AI) with caution, avoiding oversights and potential pitfalls that may cause harm to humanity and minimize social benefits and achievements. Among the names that signed the letter are Steve Wozniak (Apple), Elon Musk (Tesla Motors), Demis Hassabis (Google), Noam Chomsky, Sam Harris, Stephen Hawking, Stuart Russell, Peter Norvig, Nick Bostrom and a series of other researchers of international renown. This concern is justified by the implications of the advances of AI, sometimes unlicensed, in several different disciplines such as Philosophy, Mathematics, Neuroscience, Psychology, Economics and others. For the jurists and for the legal academy remains the question: would Law remain unmoved in the face of the advancement of AI? The answer seems to be negative. With the advent of the electronic process, the signing of contracts in the virtual environment, automated notary procedures, softwares capable of assisting the magistrate in making decisions, there is room to discuss a scenario in which human magistrates will lose their space for machine magistrates, that is to say, programs especially elaborated to formulate decisions that resolve controversies between human beings. Nowadays it is possible to consult some practical cases in which Artificial Intelligence techniques were used to make the judgment of human demands. Some authors argue that the proposal to use legal decision-making programs will be widely diffused, and the same functions that human magistrates carry out today will be effectively carried out by these programs in the future. It is clear that this proposal is not without criticism and deserves consideration by law professionals. Thus, the objective of this paper is to list and analyze some of the possible objections and difficulties for the implementation of this proposal, especially with respect to the unity, coherence and completeness of the legal system. The objections raised here relate to elements of the legal area,

thus not going into moral, sociological, and so on. The method used in the elaboration of the work was hypothetical-deductive and the research techniques consisted of bibliographical research and filing.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o início, convém aclarar o título do presente trabalho para que possíveis espantos o sejam dissipados. Ao falar em máquinas julgando seres humanos, muito provavelmente o leitor tenha feito uma associação entre as cenas de filmes, séries e livros em que os seres humanos são subjugados por máquinas. Deixa-se claro, desde já, que o trabalho não rumará para tais cenas. Apesar de falar de Inteligência Artificial, doravante IA, robôs, máquinas e sua relação com os seres humanos, o objeto do presente trabalho é o Direito no universo do silício, isto é, o Direito num universo em que as técnicas e programas oriundos da Inteligência Artificial foram implantados no Poder Judiciário a fim auxiliar a prestação jurisdicional.

Ainda que a IA tenha surgido formalmente como uma disciplina científica a partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a ideia de construir criaturas artificiais que imitassem as habilidades humanas é muito antiga, (TEIXEIRA, 1990, p. 16), remontando as *trípodes* de Homero. (HOMERO, 2004, p. 417). A quantidade de episódios que merecem destaque na trajetória histórica da IA é vasta, mas entre os mais conhecidos estão o desenvolvimento do programa o *Logic Theorist*, no ano de 1955, por Allen Newell e Herbert Simon, capaz de demonstrar a maioria dos teoremas presentes no capítulo 2 do livro *Principia Mathematica*, de Russell e Whitehead, (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 17.), e a partida de xadrez ocorrida em 1997 entre *Deep Blue*, um supercomputador desenvolvido pela IBM, e Garry Kasparov, um dos maiores enxadristas de todos os tempos e então campeão mundial de xadrez, que terminou com a vitória de *Deep Blue*. (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 17).

Mais recentemente, a IA levantou a preocupação de conhecidos pesquisadores e membros de importantes companhias que investem em tecnologias, que publicaram uma carta aberta no ano passado com a intenção de registrar a necessidade de avançar no campo da IA evitando descuidos e potenciais armadilhas, buscando tornar os sistemas desenvolvidos neste campo robustos e tendentes a maximizar os benefícios sociais. (RUSSELL; DEWEY; TEGMARK, 2015). Entre aqueles que assinaram a carta estão Steve Wozniak (Apple), Elon

Musk (Tesla Motors), Demis Hassabis (Google), Noam Chomsky, Sam Harris, Stephen Hawking, Stuart Russell, Peter Norvig, Nick Bostrom e outros.

Essa preocupação justifica-se em razão das pesquisas realizadas no âmbito da IA afetarem diretamente inúmeras outras disciplinas, como a Filosofia, que indaga a possibilidade de regras formais serem usadas para obter conclusões válidas sobre a natureza da mente (Filosofia da Mente) e do conhecimento (Epistemologia); a Matemática, sobre o que pode ser computado e como raciocinar com informações incertas; a Neurociência, sobre o processamento de informações no cérebro; a Psicologia, sobre como os seres humanos e demais animais pensam; a Linguística, a Economia, a Engenharia de Computadores, e tantas outras. (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 07-16).

Nesse viés, Alan Turing, um dos principais nomes quando se fala em computação e IA, indagou-se sobre a possibilidade de máquinas pensarem, (TURING, 1996), assim como o fazem os filósofos da mente. Entre os filósofos da mente que trabalham questões análogas as trabalhadas por Turing, o nome do filósofo John Searle é lembrado constantemente em razão de seu conhecido argumento do quarto chinês. (SEARLE, 1996). Os argumentos de Turing e Searle não poderão ser aqui expostos de forma apropriada, mas são suficientes para demonstrar que os constantes avanços tecnológicos e científicos somados a interdisciplinaridade da IA, são capazes de provocar alterações em muitas áreas. O Direito certamente é uma delas.

No direito, algumas alterações proporcionadas pelo advento da tecnologia, tais como o peticionamento eletrônico, modelos padronizados de despachos, mandados e sentenças, sistemas para controle de escritórios e etc., são nítidas, mas este trabalho vai um pouco além.

Alterações muito mais profundas, tais como a utilização de um programa capaz de realizar o julgamento de seres humanos, devem ser investigadas e certamente rendem novas e interessantes reflexões sobre os conceitos, instituições e institutos utilizados pelos profissionais do Direito.

O Direito é uma área especialmente apta a receber os benefícios tecnológicos oriundos da IA, mormente se for levado em consideração o atual cenário crítico em que se encontra a prática jurídica no país, onde o Estado possui o monopólio da jurisdição, mas não é capaz de realizar de forma célere e devida essa tarefa, gerando insegurança jurídica e a perpetuação dos conflitos.

A maneira pela qual o Estado exerce seu monopólio é o processo, que tem como principal objetivo evitar o cometimento de arbitrariedades e discricionariedades. Quais seriam,

então, as consequências para a prática do Direito se houvesse um programa especialmente desenvolvido para realizar o julgamento de demandas humanas? Seria essa proposta possível?

Sobre essa questão repousam dois vieses, o primeiro, considerado “otimista”, defende que tal proposta é possível e que proporcionaria o acesso à justiça e a segurança jurídica, bem como a efetivação de princípios fundamentais, notadamente, o princípio do devido processo legal (que compreende a ampla defesa, contraditório e imparcialidade do julgador) e o princípio da celeridade. Ademais, afirmam que os elevados gastos do Poder Judiciário seriam drasticamente reduzidos. Outro facilitador estaria na imensa capacidade de armazenamento, processamento, acesso e recuperação de dados.

O cenário parece promissor, mas não é livre de objeções, e nelas está o foco do trabalho que se apresenta. O segundo viés postula a impossibilidade da proposta exposta ser concretizada em razão de aspectos pertinentes ao ordenamento jurídico, sua unidade, coerência e completude. Outros argumentos são apresentados no sentido de contrariar a proposta em razão desta implicar a adoção de um positivismo jurídico mecanicista e a estagnação do direito, o que torna a discussão ainda mais interessante e frutífera.

Neste panorama está inserido o trabalho, que tem como objetivo elencar e analisar algumas das possíveis objeções e dificuldades envolvendo o ordenamento jurídico para a possibilidade de seres humanos serem julgados por máquinas (*softwares*). As objeções aqui levantadas dizem respeito elementos da área jurídica, não se adentrando, assim, em elementos morais, sociológicos e outros. Por razões de delimitação do tema, somente serão abordados os temas referentes a unidade, coerência e completude do ordenamento, mas questões como a estagnação do direito e o positivismo mecanicista também podem ser investigadas e certamente podem render novas e interessantes reflexões sobre os conceitos, instituições e institutos presentes no Direito. O método utilizado na elaboração do trabalho foi o hipotético-dedutivo e as técnicas de pesquisa foram a pesquisa bibliográfica e fichamento.

## 2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONCEITO E BREVE PERCURSO HISTÓRICO

Isaac Asimov, em sua clássica coletânea de contos de ficção científica *Eu, robô*, publicada no final de 1950, traz no conto *O conflito evitável* um cenário que servirá para ilustrar muito bem algumas ideias do presente trabalho. No conto é possível perceber que o planeta passou por um ciclo de guerras “inevitáveis”. Nesse ciclo estavam presentes as armas nucleares, que causaram grande tormento à humanidade. Também surgiram os robôs positrônicos e a

viagem interplanetária, causando grandes mudanças globais, especialmente na economia em razão das vendas e negociações envolveram robôs. Para conseguir regular a economia os seres humanos consultavam robôs/máquinas, que decidiam a melhor forma de se proceder diante da situação apresenta, tornando a economia da Terra estável.<sup>1</sup> Não há desemprego, excedente ou escassez de produção. Desperdício e fome tornaram-se meras palavras nos livros de história, e as questões envolvendo a posse dos meios de produção, obsoletas. (ASIMOV, 2014, p. 274-277).

Apesar de ser oriundo de um livro de ficção científica o cenário proposto por Asimov não parece estar tão distante assim da realidade. As atividades humanas estão tornando-se dependentes dos avanços científicos e tecnológicos. Para se chegar a tal conclusão, basta analisar a sociedade contemporânea, onde particulares, órgãos e empresas públicas e privadas dependem da utilização da internet para realizar suas atividades diárias como comunicação, organização e planejamento, emissão de notas fiscais, certidões e relatórios, transações financeiras variadas, atualização de dados em cadastros gerais (prontuários de hospitais, receitas farmacêuticas), e outros. Com isso, a relação do homem com a tecnologia passa a ser inversa, de modo que, ao invés da tecnologia ser adaptada aos seres humanos, os seres humanos é que se adaptam a ela. (TEIXEIRA, 2015, p. 16-17).

Parece ser difícil manter a ideia de que existem certos limites intransponíveis para a tecnologia, pois esta parece sempre prosseguir, tornando difícil resistir às suas tentações. Disciplinas como a Psicologia foram profundamente alteradas em razão da evolução de diversos âmbitos científicos e tecnológicos. (TEIXEIRA, 1998, p. 10-11). Junto com a tecnologia, muito se fala a respeito da Inteligência Artificial, tida por muitos como a disciplina mais importante do mundo contemporâneo. (TEIXEIRA, 2015, p. 13-19).

Mas, antes de elencar os principais eventos (reais) envolvendo o nascimento e o desenvolvimento da Inteligência Artificial, é salutar deixar claro o que se fala quando se fala em Inteligência Artificial. O termo Inteligência Artificial foi alcunhado pelo matemático John McCarthy, na década de 1950. Para os objetivos propostos neste trabalho, a IA será tomada

<sup>1</sup> Isso se deve ao fato das decisões oriundas das máquinas dos escritos de Asimov pautarem-se no bem da humanidade, por conta da Primeira Lei da Robótica que afirma que “um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano venha a ser ferido”. Desse modo, os homens seguiam as decisões das máquinas não por que eram forçados, mas porque sabiam que tais decisões eram as mais inteligentes a serem tomadas. Ainda que os robôs sejam somente um aglomerado de circuitos calculadores, a Primeira Lei da Robótica é tão forte que os impõe observar, em todas as ações, a proteção do bem-estar humano acima de seus próprios interesses e de qualquer outro interesse existente, o que abarca as decisões econômicas, gerando, assim, a tão desejada estabilidade econômica mundial.

como uma disciplina que “estuda e desenvolve programas computacionais com a finalidade de simular atividades mentais humanas cuja realização envolve inteligência”. (TEIXEIRA, 1998, p. 167).

Apesar de ser adequado para os objetivos aqui propostos, tal conceito já é permeado de concepções que não necessariamente retratam o posicionamento de muitos estudiosos e pesquisadores sobre o que é a IA. Desse modo, por não se tratar de um trabalho estritamente filosófico e para não encaixar num aspecto conceitual, pode o leitor optar por um dos conceitos, elaborados por conhecidos pesquisadores, presentes no quadro abaixo:

| Pensando como um humano   | Pensando racionalmente  |
|---|---|
| "O novo e interessante esforço para fazer os computadores pensarem (...) <i>máquinas com mentes</i> , no sentido total e literal." (Haugeland, 1985)<br>"[Automatização de] atividades que associamos ao pensamento humano, atividades como a tomada de decisões, a resolução de problemas, o aprendizado..." (Bellman, 1978) | "O estudo das faculdades mentais pelo uso de modelos computacionais." (Charniak e McDermott, 1985)<br>"O estudo das computações que tornam possível perceber, raciocinar e agir." (Winston, 1992) |
| Agindo como seres humanos   | Agindo racionalmente  |
| "A arte de criar máquinas que executam funções que exigem inteligência quando executadas por pessoas." (Kurzweil, 1990)<br>"O estudo de como os computadores podem fazer tarefas que hoje são melhor desempenhadas pelas pessoas." (Rich and Knight, 1991)  | "Inteligência Computacional é o estudo do projeto de agentes inteligentes." (Poole <i>et al.</i> , 1998)<br>"AI... está relacionada a um desempenho inteligente de artefatos." (Nilsson, 1998)    |

Figura 1 – Quadro com possíveis conceitos de Inteligência Artificial<sup>2</sup>

As definições presentes no quadro foram dispostas ao longo de duas dimensões. A parte superior retrata as definições relacionadas a processos de pensamento e raciocínio ao passo que as definições presentes na parte inferior referem-se ao comportamento. Ao lado esquerdo estão posicionadas as definições que medem o sucesso em termos de fidelidade ao desempenho humano enquanto que ao lado direito estão as definições que medem o sucesso em comparação a um conceito ideal de inteligência, chamado de racionalidade. (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 03). A opção por qualquer uma das definições presente no quadro traz consigo uma série de outras posturas por parte daqueles que delas fazem uso, mas isso foge de nosso tema. Uma vez postas as possíveis definições, volta-se para os aspectos históricos pois talvez eles facilitem a compreensão do que efetivamente trata a IA.

A quantidade de episódios que merecem destaque na trajetória histórica da IA é vasta, de modo que abordar todos com a profundidade devida é uma tarefa hercúlea e impossível de

<sup>2</sup> Retirado de RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Título original: Artificial intelligence. p. 04.

ser realizada num trabalho como este. Isto porque, apesar da Inteligência Artificial surgir formalmente como uma disciplina científica a partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a ideia de construir criaturas artificiais que imitassem as habilidades humanas é muito antiga, (TEIXEIRA, 1990, p. 16), presente já na clássica obra *Iliada*, escrita por Homero. (HOMERO, 2004). Desta feita, buscou-se elencar os principais episódios e personagens em ordem cronológica, sem, contudo, esgotá-los.

No passado mítico da IA, a lenda de Golém certamente é um dos episódios mais lembrados. Por volta do século XVI, um rabino de Praga, na Tchecoslováquia (atualmente República Tcheca), criou um homem artificial a partir de uma escultura de barro e lhe conferiu a capacidade de falar e inteligência. Essa criação recebeu o nome de Joseph Golém. O objetivo do rabino ao construir uma criatura inteligente era espionar os inimigos dos judeus, confinados no gueto de Praga. Todavia, o mito aponta que, após Golém rebelar-se contra seu criador, este lhe retirou a inteligência, devolvendo-o ao mundo inanimado. Nos séculos XVII e XVIII proliferaram mais mitos e relatos sobre a criação de seres artificiais. Entre eles está o de um flautista mecânico capaz de tocar seu instrumento com grande perfeição e o célebre pato de Vaucanson. (TEIXEIRA, 2014, p. 17).

Deixando um pouco de lado os relatos míticos (ou possivelmente míticos), a IA propriamente dita aparece a partir do século XX, resultado de projetos militares. Durante o período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) a comunidade científica dos países aliados sofreu grandes pressões. Os bombardeios aéreos feitos pelos nazistas sobre as cidades europeias trouxeram a necessidade de construir canhões antiaéreos dotados de um sistema de pontaria que fosse capaz de corrigir automaticamente os eventuais desvios causados pelo deslocamento do alvo e do próprio canhão no momento do disparo. (TEIXEIRA, 2014, p. 18-19).

Ao fim da Segunda Guerra Mundial ou cientistas já haviam registrado importantes invenções na área da eletrônica, além de descobertas envolvendo o cérebro humano. Isso os levou a realizar um encontro que ficou conhecido como Simpósio de Hixon. (TEIXEIRA, 1990, p. 22-23). Realizado no campus do *California Institute of Technology* em setembro de 1948, reuniu um grupo de eminentes cientistas representando várias disciplinas para expor suas pesquisas e discutir uma questão clássica: a forma pela qual o sistema nervoso controla o comportamento. Logo no início das discussões o matemático John von Neumann, primeiro conferencista, teceu uma comparação extraordinária entre o computador eletrônico e o cérebro. (GARDNER, 2003, p. 25). Tal comparação restou evidente quando psicólogos, neurofisiólogos e engenheiros eletrônicos perceberam que o modo como estão dispostas as células do cérebro

humano (neurônios), ligadas através de minúsculos fios nervosos, assemelha-se ao circuito elétrico de um computador. Abriu-se, assim, o caminho para a afirmação que a mente humana poderia ser replicada por um computador. Nascia à disciplina denominada Inteligência Artificial. (TEIXEIRA, 1990, p. 24).

Alguns anos após o frutífero Simpósio de Hixon, mais precisamente no ano de 1955, Allen Newell e Herbert Simon desenvolveram um programa de raciocínio, o *Logic Theorist* ou simplesmente LT. Simon afirmou que ele e Newell haviam criado um programa de computador capaz de pensar não numericamente, e, assim, teriam resolvido o problema mente-corpo. O *Logic Theorist* foi capaz de demonstrar a maioria dos teoremas presentes no capítulo 2 do livro *Principia Mathematica*, de Russell e Whitehead. O próprio Russell teria ficado impressionado com tal feito. Os editores do *Journal of Symbolic Logic* não compartilharam o sentimento de Russell e rejeitaram a publicação do artigo que continha as demonstrações, uma vez que constavam como autores Newell, Simon e o próprio *Logic Theorist*. (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 17).

Nos anos finais do século XX e início do século XXI a IA tem um dos eventos de maior destaque em sua trajetória histórica, a partida de xadrez ocorrida em 1997 entre *Deep Blue*, um supercomputador desenvolvido pela IBM, e Garry Kasparov, um dos maiores enxadristas de todos os tempos e então campeão mundial de xadrez, que terminou com a vitória de *Deep Blue*. (RUSSELL; NORVIG, 2013, p. 165). É nesse período que o laboratório de Inteligência Artificial do *Massachusetts Institute of Technology (MIT)*, nos Estados Unidos, inicia o projeto *COG*.

A intenção deste projeto é a criação de um robô que passará por um período de “infância artificial”, período no qual aprenderá por meio das experiências e se ambientará com o mundo. Assim, este robô não será, desde o início, um “adulto”, pois os engenheiros responsáveis pela sua construção esperam que ele adquira conhecimentos conforme for interagindo com os seres humanos e o ambiente, assim como uma criança, diferentemente de elaborar um programa prevendo os mais variados eventos e situações e inseri-lo no robô como algo inato. (TEIXEIRA, 2014, p. 22).

Na atual década os noticiários têm divulgado com uma constância cada vez maior relatos de robôs desenvolvidos em vários laboratórios espalhados ao redor do mundo que realizam determinadas atividades que simulam de forma excepcional o comportamento de animais e de humanos. Atividades consideradas difíceis pelos próprios profissionais da IA e da Robótica são ultrapassadas numa velocidade incrível. Apenas para exemplificar, no corrente

ano, de modo semelhante ao que aconteceu com Garry Kasparov, Lee Sedol, um dos três melhores jogadores de Go<sup>3</sup> do mundo, foi derrotado por um programa chamado *AlphaGo*. Num total de 5 jogos, o programa levou a melhor em 4. (KOCH, 2016).

Esses eventos são impressionantes e levantam preocupações em muitos pesquisadores. Conhecidos pesquisadores e membros de importantes companhias que investem nessas tecnologias publicaram uma carta aberta no ano passado com a intenção de registrar a necessidade de avançar no campo da IA evitando descuidos e armadilhas potenciais, buscando tornar os sistemas desenvolvidos neste campo robustos e que proporcionem a maximização dos benefícios sociais. (RUSSELL; DEWEY; TEGMARK, 2015). Entre aqueles que assinaram a carta estão Steve Wozniak (Apple), Elon Musk (Tesla Motors), Demis Hassabis (Google), Noam Chomsky, Sam Harris, Stephen Hawking, Stuart Russell, Peter Norvig, Nick Bostrom e outros.

### 3 DIREITO E IA

O filósofo grego Aristóteles afirmava que o homem é um animal político, feito para viver em sociedade. Aquele que, por sua natureza e não por uma obra do acaso, não segue esse preceito é um indivíduo detestável, ou muito acima ou muito abaixo dos outros homens. (ARISTÓTELES, 2006, p. 04). Não se busca aqui fazer uma investigação sobre a natureza humana ou o surgimento do Estado<sup>4</sup>, mas a concepção aristotélica indica que a existência humana somente possui sentido se vislumbrada no seio de uma comunidade, com a interação dos indivíduos. Essa interação pode envolver os mais variados conteúdos, partindo da subsistência individual até a expansão de territórios e poderes.

Diante da ampla variedade de interações humanas é improvável que todos os interesses convivam em harmonia *ad aeternum* e direcionem-se para o mesmo sentido. Quando determinado interesse de um indivíduo diverge do interesse de outro, um conflito de interesses se instala. Quando esses interesses possuem relevância na seara jurídica, instala-se uma lide, classicamente caracterizada como um conflito de interesse qualificado por uma pretensão

<sup>3</sup> Popular em países como China, Coreia e Japão, o Go é jogado com tabuleiro que possui 19 linhas intercaladas com outras 19 linhas e dois grupos de pedras, um grupo de pedras brancas e outro de pedras pretas, seu objetivo consiste, basicamente, em conquistar a maior área possível do tabuleiro. Cada jogador coloca suas pedras, uma de cada vez, na intersecção das linhas e essas pedras não podem ser movimentadas. É possível que uma peça seja retirada do jogo quando for cercada ou capturada.

<sup>4</sup> Não cabe aqui iniciar uma discussão sobre a origem do Estado, se ocorreu de forma natural ou artificial (contratual).

resistida. (FRANCESCO, 1936, p. 40). Os conflitos de interesses e as lides devem ser prontamente solucionados para o bem da pacífica e organizada convivência social.

Daí surge o Direito, um conjunto de normas gerais e positivas disciplinadoras da vida social, de observação obrigatória e de imposição coativa por parte do Estado, (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 01), que possui a finalidade de assegurar o equilíbrio, a harmonia e a paz social. (BERMUDES, 2010, p. 05).

A forma primitiva de resolução de conflitos era a autotutela, o embate físico (popular justiça pelas próprias mãos), onde prevalecia o interesse daquele que era mais forte. Ocorre que, muitas vezes, a pretexto de realizar justiça, o mais forte fazia prevalecer aquilo que lhe interessava, independentemente de seu interesse implicar no desrespeito a vida e liberdade dos outros indivíduos. Conforme o direito substitui o regramento baseado exclusivamente na força, surge a função do juiz e disposições que proíbem e punem aquele que busca satisfazer sua pretensão por meios próprios. (MIRANDA, 1998, p. 243-247).

Com o fortalecimento do Estado e o surgimento do Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua incapacidade de gerar a paz social almejada por todos, foi substituída pela justiça pública ou justiça oficial. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 47). Quando o Estado elimina e proíbe a justiça pelas próprias mãos, assume o encargo e o monopólio da distribuição da justiça, devendo resolver as situações conflituosas e restaurar o direito ferido. (MIRANDA, 1998, p. 244-246). Contudo, diante do atual estado do Direito em terras brasileiras, é necessário a esta disciplina estreitar os laços com outras áreas que possam contribuir para a superação desse estado e garantir o acesso à justiça. Chama atenção alguns trabalhos desenvolvidos no sentido de aproximar o Direito e a Inteligência Artificial.

Analisando alguns dos eventos e projetos da IA, nota-se a forma pela qual eles alteraram substancialmente a maneira de enxergar certos conceitos básicos como mente, inteligência e consciência, que até então pareciam privilégios apenas de seres humanos. Ora, se um programa de computador é capaz superar as habilidades de um Grande Mestre e ex-campeão mundial de xadrez, o que dizer de outros profissionais como os do Direito? É possível que máquinas julguem seres humanos no lugar de magistrados?

As respostas a tais indagações podem causar um grande desconforto para a espécie humana. Basta pensar que esta espécie perderia seu monopólio universal da inteligência, tendo que aprender a conviver com suas variedades não biológicas com maior capacidade de raciocínio, memória e outras funções cognitivas. Forçaria a repensar o dogmatismo da excepcionalidade humana. (TEIXEIRA, 2015, p. 24-28). Ainda que a IA não tenha ultrapassado

sua grande barreira, isto é, construir máquinas efetivamente inteligentes, ela fez os seres humanos refletirem e repensarem o significado de o que é ser inteligente, vida mental, consciência e muitos outros conceitos que corriqueiramente são empregados por filósofos, psicólogos e até mesmo profissionais do Direito (v.g. a famosa distinção entre dolo eventual e culpa consciente). (TEIXEIRA, 1998, p. 21).

Técnicas da IA são utilizadas em muitos objetos que facilitam o dia a dia dos seres humanos e estes muitas vezes nem percebem sua incidência. A lógica nebulosa, por exemplo, é aplicada em máquinas de lavar, carros e até mesmo em mecanismos de controle de elevadores. (COPPIN, 2012, p. 21). Talvez o mais latente exemplo esteja nas comunicações realizadas por meio da internet, aplicativos de celulares e redes sociais. As redes e fóruns sociais permitem uma intervenção democrática nos caminhos futuros da tecnologia e da IA, transformando comunidades virtuais em comunidades reais capazes de mobilizações em prol da implantação adequada dessas tecnologias. (TEIXEIRA, 2015, p. 69).

Para pensar a utilização de IA no Direito, segundo o relatório Justiça em Números 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as despesas do Poder Judiciário Nacional (excluídos o Supremo Tribunal Federal (STF) e os Conselhos) no ano de 2015 somaram a quantia de aproximadamente R\$ 79,2 bilhões, quantia que equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional e 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A maior parte do orçamento total (89%) é destinada aos gastos com recursos humanos, que compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, os demais auxílios e assistências devidos, tais como auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros. (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 33).

Os números não param por aí. Ao final de 2015, apesar de ter baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado, o Poder Judiciário ainda continha um estoque de aproximadamente 74 milhões de processos, número que continua crescendo desde o ano de 2009. Esse estoque persiste em razão de situações em que os autos são baixados mas acabam retornando à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de declínio de competência ou de devolução dos processos para a instância inferior para aguardar julgamento dos recursos repetitivos ou em repercussão geral. (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 33).

Diante de números tão consideráveis, que tendem cada vez mais a aumentar em razão de demandas das mais variadas matérias (meio ambiente, negócios jurídicos, trabalho, servidores e serviços públicos, cassação de políticos, tributos, entre outros), a possibilidade do Poder Judiciário receber um auxílio por parte dos avanços e técnicas em áreas como a IA é vista por muitos com bons olhos, uma vez que com esses avanços poder-se-ia diminuir radicalmente tais cifras, além de abrandar as causas de desconforto e prejuízos por parte da população, proporcionando o tão proclamado acesso à justiça, que ainda depende consideravelmente da atuação do Poder Judiciário.

Outro exemplo banal para pensar no diálogo estabelecido entre a IA e o Direito está nos radares eletrônicos de velocidade, os populares pardais, e as lombadas eletrônicas. Há uma norma que regula a velocidade máxima num determinado trecho que é monitorado por um desses instrumentos dotados de fê pública. Caso você, dirigindo seu veículo, passe por esse trecho numa velocidade acima da tolerada pela norma, um desses instrumentos detecta, com precisão de casa após a vírgula, que a norma foi infringida pelo veículo e fotografa a placa deste. Essa fotografia será encaminhada para uma central que reconhece os números e letras constantes na placa fotografada e as compara a um banco de dados onde há o registro dos veículos. Poucos dias depois, você receberá via correio a notificação da infração onde constará data para o recurso, a penalidade pecuniária e uns pontos na carteira, a depender da gravidade da infração. (STOPANOVSKI, 2015).

Guardadas as proporções, a aplicação de infrações no trânsito, quando ocorre por meio de um radar ou lombada eletrônica, parece um julgamento sumário/instantâneo em que o Estado aplica a penalidade de modo instantâneo e preciso, “com características de justiça célere e dosada”. (STOPANOVSKI, 2015). Os exemplos dos radares e das lombadas não possuem tanta força quando se pensa sobre a entrega da prestação jurisdicional por uma máquina, afinal, elaborar uma sentença exige, em tese, um maior grau de dificuldade do que aferir a velocidade de um veículo e tirar uma foto de sua placa.

Por tais razões, alguns autores afirmam que é plenamente possível haver julgamentos por meio de um programa de computador, e para que essa empreitada seja bem-sucedida é imperiosa a participação dos profissionais do Direito, oferecendo suporte nos terrenos nebulosos da área jurídica. (MADALENA, 2008, p. 77).

Contudo, esse cenário aparentemente promissor não é aceito por muitos profissionais do Direito. Algumas dificuldades e questionamentos fazem refletir sobre a concretização desse

cenário, tais como a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico, que serão a seguir explorados.

#### **4 OBJEÇÕES A PROPOSTA DE SERES HUMANOS SENDO JULGADOS POR MÁQUINAS: UNIDADE, COERÊNCIA E COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

De um modo bastante geral, ordenamento jurídico pode ser conceituado como um conjunto de normas. Essa definição pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais normas e que não haja ordenamento composto de uma norma só. O produto de um ordenamento jurídico é uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e a sua execução, a partir da qual se torna determinada norma eficaz. (BOBBIO, 2014, p. 38-45).

Do próprio conceito de ordenamento jurídico é possível extrair seus principais problemas. Como conceituado acima, o ordenamento jurídico constitui-se num conjunto de várias normas (pelo menos duas) que precisam estabelecer determinadas relações entre si, haja vista que fazem parte do mesmo ordenamento. É das relações das diversas normas entre si que surgem os problemas. O primeiro problema versa sobre a unidade desse ordenamento e discute a hierarquia das normas. O segundo trata sobre a coerência do sistema normativo e traz questões referentes a antinomias jurídicas. O terceiro problema aqui tratado versa sobre a completude do ordenamento jurídico e foca nas chamadas lacunas do Direito. (BOBBIO, 2014, p. 47-48).

Os ordenamentos jurídicos são compostos de uma vasta quantidade de normas. Apesar de existir certa reclamação na elevada quantidade de normas, seu processo de criação não cessa, buscando sempre “satisfazer todas as necessidades da vida social cada vez mais variada e intrincada”. (BOBBIO, 2014, p. 49-50). Essa necessidade de criar regras de conduta é tão grande que não há como um único poder ou órgão satisfazê-la isoladamente. Vindo ao encontro dessa exigência, o Estado geralmente recorre a dois expedientes, a recepção de normas já prontas (produzidas por ordenamentos diversos e precedentes) e a delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores. (BOBBIO, 2014, p. 50).

Essa conjuntura pode ser uma das expressões da complexidade do sistema jurídico. Outras expressões podem envolver o grande volume de conhecimento do domínio legal, constantes alterações no sistema e o estreito vínculo com o poder público. (ROVER, 2006, p. 195).

A complexidade do sistema jurídico não retira sua unidade, que é preservada em razão das normas não estarem todas no mesmo plano, conforme propõe Kelsen em sua construção escalonada do ordenamento jurídico ou níveis de norma jurídica. (KELSEN, 1998, p. 246-247). Na construção kelseniana existe uma norma ocupando o mais elevado plano, a qual Kelsen a denomina de norma fundamental. Da norma fundamental são produzidas normas, que podem produzir outras normas e assim sucessivamente, todas derivadas da norma fundamental. A unidade do ordenamento consistiria, então, no fato de que todas as fontes do Direito podem ser deduzidas a uma única norma, a norma fundamental. (BOBBIO, 2014, p. 58-59).

O problema sobre a unidade do ordenamento jurídico não é resolvido tão facilmente. Se todas as normas devem ser estabelecidas com base na norma fundamental, sobre o que se funda a norma fundamental? Ademais, o sistema normativo não pode ser visto como um sistema unitário em razão de poder não ser o único sistema normativo vigente em um país, como ocorre naqueles países signatários de tratados e acordos realizados no âmbito do Direito Internacional. (ROVER, 2006, p. 196).

Além do problema sobre a unidade há, o problema da coerência. Com a criação de normas para regular novas circunstâncias é possível criar situações anômalas no ordenamento jurídico, como a redundância de normas, onde se cria uma norma com conteúdo idêntico ou semelhante a norma já existente, ou conflito de normas, onde uma norma é incompatível ou contradiz outra existente. A última situação é a de maior preocupação para um ordenamento jurídico coerente e consistente. (ROVER, 2006, p. 202).

A presença de normas incompatíveis entre si dentro de um ordenamento jurídico recebe denominação característica: antinomia. Uma antinomia jurídica é “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade”, validade no prisma jurídica, que poderá se dar no âmbito temporal, espacial, pessoal e material. (BOBBIO, 2014, p. 85-91).

Como a presença de antinomias num sistema normativo é vista como um defeito, uma incoerência, uma das duas normas deve ser eliminada, mas qual? Para responder a essa pergunta utilizam-se determinadas regras de solução de antinomias providas pelo próprio sistema que estabelecem 3 critérios: o cronológico (prevalece a norma posterior), hierárquico (prevalece a hierarquicamente superior), e o de especialidade (entre uma norma geral e uma especial ou excepcional, prevalece a segunda). (BOBBIO, 2014, p. 93-97).

Problemas podem aparecer quando ocorrerem casos em que nenhum dos três critérios auxiliará na escolha de qual norma deverá ser extirpada do ordenamento. Um exemplo seria

existência de duas normas contrárias que fizessem parte de um mesmo código e se localizassem na parte geral de tal código. Neste caso, o critério cronológico não seria aplicado por terem sido introduzidas no sistema normativo no mesmo dia e hora, o critério hierárquico não é utilizado em razão das normas serem do mesmo nível, e o último critério, da especialidade, também não encontra aplicação em razão de ambas às normas serem de cunho geral. (BOBBIO, 2014, p. 98).

Mais problemas aparecem quando ocorrem casos em que os critérios de solução de antinomias entram em conflito, não sabendo qual critério deverá ser o prevacente. Como exemplo, basta pensar numa incompatibilidade entre norma constitucional anterior e norma ordinária posterior. São aplicáveis dois critérios, o hierárquico e o cronológico. Se o primeiro for aplicado, dar-se-á preferência à norma constitucional anterior, se for aplicado o segundo, dar-se-á preferência à norma ordinária posterior. (BOBBIO, 2014, p. 104-105).

Como exemplo, o que aconteceria caso a máquina se deparasse com uma celeuma em que o direito postulado encontrasse tanto previsão positiva (*P*) quanto previsão negativa ( $\neg P$ ) e os critérios habituais para a solução de antinomias não bastasse para resolver a questão? Muito provavelmente ela não conseguiria realizar o julgamento. Caso conseguisse, provavelmente deixaria lacunas que poderiam ser facilmente atacadas em razão da inobservância de algum princípio lógico.

O último problema referente à teoria do ordenamento jurídico a ser tratado neste trabalho versa sobre sua completude. Entende-se por completude a propriedade pela qual há, no sistema normativo, uma norma para regular qualquer caso. Tendo em mente que a ausência de uma norma que regulamente determinado caso chama-se lacuna, completude seria a ausência de lacunas no ordenamento jurídico. Considera-se completo o ordenamento em que o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente. (BOBBIO, 2014, p. 113). Como regular todos os tipos de conduta não parece ser uma tarefa muito fácil, tem-se a incompletude e as lacunas do ordenamento jurídico.

Ao falar em incompletude do sistema jurídico e lacunas é possível apontar duas formas distintas de lacunas que auxiliarão na compreensão desse problema, a lacuna formal e a lacuna semântica. A lacuna formal, diz respeito à ausência de normas positivadas no corpo do ordenamento jurídico, enquanto a lacuna semântica refere-se à ambiguidade e vagueza próprias da utilização da linguagem corrente e de sua utilização na construção de uma linguagem técnico-jurídica. (MARQUES, 2013, p. 26).

Como já delineado, o ordenamento jurídico é composto por uma vasta quantidade de normas. Todavia, existem casos em que determinadas condutas não são abarcadas por nenhuma norma, a ação não está positiva ou negativamente regulada, (ROVER, 2006, p. 206), gerando assim lacunas formais. Como resolver tais lacunas e garantir a completude do ordenamento? Como solucionar os chamados *hard cases* ou casos difíceis?<sup>5</sup>

Como o monopólio de criação de leis pertence ao Estado e conforme crescia sua potência, as demais fontes do direito que não fossem a lei passaram a ser renegadas. Diante desse quadro, como resolver os casos de lacunas formais tendo em vista que a utilização de fontes jurídicas extra estatais como o costume, analogia e os princípios significa introduzir um direito concorrente que romperia o monopólio de produção jurídica estatal? (BOBBIO, 2014, p. 117-118). Ademais, se forem utilizadas tais fontes extra estatais, como balizar qual fonte pode ser considerada precedente às demais e qual a mais adequada em cada caso?

A completude do sistema normativo não deve ser observada somente sob o prisma da inexistência de normas jurídicas que regulamentam determinada conduta, pois é possível que a conduta seja expressamente positivada no ordenamento, sem, contudo, ter-se clareza sobre seu conteúdo e aplicação, que prejudica a completude devido à vagueza, ambiguidade e demais defeitos de linguagem que podem estar presentes no texto da norma positivada. (MARQUES, 2013, p. 29). Nesse horizonte é que se fazem presentes as lacunas semânticas ou a textura aberta do Direito.

Um dos principais autores responsáveis pela ampliação do espaço de discussão e compreensão da textura aberta do Direito foi H. L. A Hart. Para Hart, o principal instrumento de controle social em qualquer grande grupo devem ser as regras gerais, os padrões e os princípios, que devem referir-se, preferencialmente, a classes de pessoas, condutas, coisas e circunstâncias, e não a elas individualmente consideradas. Caso não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, nada daquilo que hoje se reconhece como Direito poderia existir. Para realizar a comunicação desses padrões gerais de conduta, utiliza-se de duas estratégias centrais, uma faz um uso máximo de palavras gerais a estabelecer conclusões e a segunda faz um uso mínimo, são, respectivamente, a estratégia da legislação e a estratégia do precedente. (HART, 1994, p. 137).

Feita essa primeira consideração, Hart convida o leitor a imaginar dois casos não jurídicos. No primeiro, um pai, antes de adentrar à igreja diz a seu filho: “Todos os homens e os

<sup>5</sup> Os *hard cases* apresentam-se “quando uma ação judicial específica não poder ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por uma instituição.” (DWORKIN, 2002, p. 127.).

rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja”. Outro pai, descobrindo a cabeça quando entra na igreja, diz: “Olha, eis a forma correta de nos comportarmos nestas ocasiões”. (HART, 1994, p. 137). O primeiro caso refere-se a uma regra clara e explícita emanada por uma autoridade, lembrando a estratégia da legislação. O segundo indica a estratégia do precedente, pois a regra não está explícita, mas reside no comportamento da autoridade.

Ambas estratégias apresentam um cenário que permite a ocorrência de uma série de incertezas e imprecisões sobre a regra geral de conduta a ser observada, como assevera Hart:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos corrente, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. (HART, 1994, p. 140-141).

A estratégia da legislação pode conter falhas em razão dos limites de orientações oferecidos pela linguagem. No primeiro caso ilustrado por Hart, a que tipo de chapéu se referia o pai da criança, chapéus de palha, de couro ou de feltro? O chapéu deveria ser retirado em qualquer igreja ou somente na igreja de cujas práticas eles eram adeptos? A expressão homem foi utilizada para referir-se genericamente a todos os seres humanos ou somente para aqueles do sexo masculino? Por sua vez, a estratégia do precedente deixa aberta uma série de dúvidas sobre a conduta que se pretende que o indivíduo tenha. Tomando por base o segundo caso, teria importância se a criança tirasse o chapéu com a mão esquerda ao invés da direita? Retirado o chapéu, poderia ele ser recolocado após o ingresso na igreja? Se não, poderia ser colocado debaixo do banco? Tais indagações ilustram as possíveis dúvidas que cada uma das estratégias pode ocasionar. (HART, 1994, p. 139-140).

Como solucionar tais casos? O método utilizado por Hart para solucioná-los é uma das questões mais controversas de sua teoria, amplamente combatida por autores como Ronald Dworkin. (MARQUES, 2013, p. 31). Para Hart, nos casos em que o Direito exprimir uma textura aberta deve-se recorrer aos “tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso”. (HART, 1994, p. 148). Nestas áreas o julgador possuiria ampla discricionariedade para escolher dentre os diversos significados possíveis qual seria utilizado para resolver o caso sob análise.

Do que foi aqui explanado é possível perceber que o Direito e o próprio ordenamento jurídico, com suas normas dogmáticas, possuem uma tendência de buscar construir uma ordem, criando meios para resolver os problemas de antinomia e lacunas. Ainda assim, o ordenamento jurídico não é plenamente coerente e completo. Todas as teorias e estratégias próprias do

universo jurídico não permitem eliminar de todo os problemas de consistência e completude do sistema normativo. (ROVER, 2006, p. 187).

Os elementos de teoria do ordenamento jurídico delineados devem ser refletidos arduamente antes que pesquisadores de programar uma máquina para realizar o julgamento de demandas humanas. Isto porque, por mais que ela possa estar funcionando normalmente durante certo período de tempo, poderá ocorrer um caso que se encaixe nos exemplos de ausência de unidade, coerência e completude do Direito aqui delineados, ocasionando falha na prestação jurisdicional e o *tilt* do sistema.

Nessa toada, programas dotados de IA que visem desempenhar as mesmas atividades de um magistrado necessitam um sólido e articulado fundamento jurídico, (ROVER, 2000, p. 211), apto a lidar com as antinomias, lacunas materiais e formais e demais percalços presentes no complexo ordenamento jurídico brasileiro.

Estes problemas da visão do Direito enquanto um conjunto de normas (ordenamento jurídico) faz com que boa parte das soluções dos casos somente seja encontrada no momento derradeiro da decisão, em razão da margem de discricionariedade do julgador. É a máxima popular de que cada caso é um caso. Os juízes sempre possuem uma margem de escolha ao aplicar a lei porque o significado de um texto legal ou de uma jurisprudência “não será determinado somente a partir do seu texto mas do corpo total de informações legais”, informações estas que podem ser alteradas a depender do local e tempo. (ROVER, 2006, p. 210).

Não é fácil equacionar a realidade jurídica. Muitas vezes por detrás de uma solução algoritmizada estão sérios problemas de modelagem como a ausência de variáveis ou hipóteses relevantes e a supervalorização de outras não tão relevantes. (ROVER, 2006, p. 217-220).

Levando em consideração os diferentes campos de atuação dos julgadores (enquadramento, planejamento legal, argumentação jurídica, decisão legal e outros), caso houvesse a implantação de um julgador de silício, este deveria conter um vasto número de subsistemas que o auxiliariam nas diversas tarefas destes campos. Todavia, com este vasto número de subsistemas ocorre um problema de interação, na medida em que ao representar o conhecimento são realizadas seleções e simplificações em relação à estrutura do conhecimento, a depender das exigências da tarefa proposta. O produto disso é “um amontoado de diferentes tipos e fontes de conhecimento [...] que dificulta o objetivo de representar um conhecimento que possa ser aplicado de forma mais geral a diversas tarefas” e encarece sobremaneira sua implantação. (ROVER, 2006, p. 215-216).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar um panorama histórico sobre o desenvolvimento da Inteligência Artificial foi possível perceber que desde o seu passado mítico até a preocupação nos dias atuais de importantes personalidades como Elon Musk, Noam Chomsky e Stephen Hawking, os avanços realizados pela disciplina parecem causar e podem causar uma série de discussões e alterações na maneira em que o homem se relaciona com a tecnologia. Pode-se observar que apesar de contar com as mais variadas tecnologias no seu dia-a-dia, o homem possui dificuldades em conceituar uma das principais disciplinas responsáveis pelos avanços tecnológicos que utiliza, a IA. A ascensão e a consolidação da Inteligência Artificial ocorreram num curto período de tempo, o que mostra que a disciplina vem se desenvolvendo a passos largos. A cada dia surgem novos pesquisadores, projetos, descobertas e avanços.

Cabe aos estudiosos e pesquisadores do âmbito do Direito aproveitar essa expansão para pensar em diferentes formas de se enxergar a prática jurídica no Brasil. Uma dessas formas se faz presente na aproximação do Direito e da Inteligência Artificial. Ao levar em conta os notórios avanços proporcionados pela Inteligência Artificial e áreas afins, pouco se tem notícia da aplicação desses avanços para o âmbito jurídico. Nas décadas de 1970, 1980 e 1990 é possível perceber um grande interesse de pesquisadores estrangeiros em trazer as técnicas e programas da IA para o universo jurídico, (MAGALHÃES, 2005, p. 337-351), enquanto autores nacionais permaneciam inertes.

O avançar da IA evoca uma aventura intelectual estimulante que percorre campos e questões que muitos profissionais do Direito não ousariam nem mesmo imaginar. Abrir novas formas de refletir o significado de ser humano, possuir inteligência e pensamento, aprender, acessar a justiça, julgar, ser imparcial, celeridade, segurança jurídica e outras questões, deveria ser uma constante na academia.

Desse modo, o trabalho aqui apresentado pode ser enxergado como uma tentativa de contribuir para a pesquisa envolvendo a aproximação crítica da Inteligência Artificial com o Direito e como forma de chamar a atenção para algo que não parece estar sendo tão discutido no Brasil como deveria, mas já está na pauta de discussão de diversos outros países desde a década de 1980, a utilização de sistemas inteligentes para auxiliar o Estado na prestação jurisdicional, (ALBERTO, 2016), buscando orientar seus resultados na construção de uma sociedade mais justa.

Diante de tamanho e contínuo avanço, que parece não respeitar os limites de seu campo, e da necessidade de se estabelecer uma construção crítica da utilização de IA no Direito. Para que essa construção tenha alicerces sólidos é necessário aplicar força a suas bases e ver se elas resistem. Nesse sentido, traçar possíveis objeções a propostas de seres humanos serem julgados por máquinas dotados de *softwares* especialmente programados para a área jurídica parece ser um teste de resistência pertinente. Uma das primeiras dificuldades encontradas para a concretização dessa proposta reside nos três aspectos da teoria do ordenamento jurídico: unidade, coerência e completude, que foram abordadas no último capítulo.

O primeiro traz a existência de um vasto número de normas que devem estar pautadas em um mesmo fundamento, *v.g.* se existir um conflito envolvendo uma norma constitucional e outra de direito internacional, qual deverá prevalecer?; incoerência, que consiste na presença de antinomias jurídicas dentro do ordenamento pois as normas, por vezes, são redundantes (norma com conteúdo idêntico ou semelhante a outra já existente), ou conflituosas entre si (norma é incompatível ou contradiz outra existente), *v.g.* uma norma que permite ao sujeito estacionar o seu carro no parque e outra que o proíbe; e incompletude (textura aberta do Direito), pois o ordenamento jurídico não prevê uma norma para todas as condutas humanas, gerando, assim, lacunas, *v.g.* uma norma que diz que todos os veículos devem utilizar determinado tipo de extintor sem, contudo, explicar o que são veículos e quais tipos enquadram-se na previsão normativa.

Pelo exposto, considera-se que, antes que a proposta encontre efetividade ela necessita de um sólido embasamento em conceitos e institutos jurídicos que ainda causam grandes debates e não são suficientes para resolver todos os tipos de problemas a que a proposta está sujeita. Assim, a ideia de máquinas substituírem magistrados humanos deve ser observada com cautela, pois muito a que se avançar no campo jurídico-filosófico (teórico) antes desse cenário se tornar uma realidade amplamente difundida, de grande aceitação e eficiência.

## 6 REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Em tempos de Star Wars... e se o RD2 fosse juiz?** Empório do Direito. Publicado em 19 de jan. 2016. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/em-tempos-de-star-wars/>> Acesso em: 27 de nov. 2016.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: La Politique.

ASIMOV, Isaac. **Eu, robô**. Tradução de Aline Storto Pereira. São Paulo: Aleph, 2014. Título original: I, Robot.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. Título original: Teoria dell' ordenamento giuridico.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 10 de nov. 2016.

COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Tradução de Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2012. Título original: Artificial intelligence illuminated.

FRANCESCO, Carmelutti. **Sistema di diritto processuale civile**. Vol. I. Padova: Cedam, 1936.

GARDNER, Howard. **A nova ciência da mente**: uma história da revolução cognitiva. Tradução de Cláudia Malbergier Caon. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. Título original: The concept of law.

HOMERO. **Iliada**. (Col. a obra-prima de cada autor). Tradução de Manuel Odorico Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Reine rechtslehre.

KOCH, Christof. **How the computer beat the go master**. Scientific American. Disponível em: <<http://www.scientificamerican.com/article/how-the-computer-beat-the-go-master/>> Acesso em: 10 de jun. 2016.

MADALENA, Pedro; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Organização & informática no poder judiciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. **Inteligência artificial e direito**: uma breve introdução histórica. Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Mossoró - v. 1, n.1, p. 355-370 – jul/dez 2005.

MARQUES, Elmer da Silva. **Releitura do dogma da completude sob a ótica da textura aberta do Direito em H. L. A. Hart**. Revista Direito e Práxis. v. 4, n. 7, 2013, p. 25-74. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/6784>> Acesso em: 20 de nov. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

ROVER, José Aires. **Informática no direito**: inteligência artificial. Curitiba: Juruá, 2006.

ROVER, Aires José. Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o direito. In ROVER, Aires J. (Org). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Boiteux, 2000.

RUSSELL, Stuart; DEWEY, Daniel; TEGMARK, Max. **Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence**. AI Magazine. v. 36, n.º 4, 2015. Disponível em: <<http://www.aaai.org/ojs/index.php/aimagazine/article/view/2621/2508>> Acesso em: 13 de jun. 2016.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Título original: Artificial intelligence.

SEARLE, John. Mentes, Cérebros e Programas. Tradução de Cléa Regina de Oliveira Ribeiro. In: TEIXEIRA, João de Fernandes. **Cérebros, máquinas e consciência**: uma introdução à filosofia da mente. São Carlos: EDUFSCar, 1996.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Inteligência artificial**: uma odisseia da mente. São Paulo: Paulus, 2014.

\_\_\_\_\_. **Mentes e máquinas**: uma introdução à ciência cognitiva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

\_\_\_\_\_. **O cérebro e o robô**: inteligência artificial, biotecnologia e a nova ética. (Col. ethos). São Paulo: Paulus, 2015.

\_\_\_\_\_. **O que é inteligência artificial**. (Col. primeiros passos). São Paulo: Brasiliense, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TURING, Alan. Computação e inteligência. Tradução de Fábio C. Hansen. In: TEIXEIRA, João de Fernandes. **Cérebros, máquinas e consciência**: uma introdução à filosofia da mente. São Carlos: EDUFSCar, 1996.

**DO(S) SISTEMA(S) DE FINANCIAMENTO DAS IGREJAS E  
CONFISSÕES RELIGIOSAS NA EUROPA: UM ESTUDO  
COMPARATIVO ENTRE DIREITOS**

**ON THE FUNDING SYSTEMS OF CHURCHES AND RELIGIOUS  
DENOMINATIONS IN EUROPE: A COMPARATIVE STUDY  
BETWEEN NATIONAL LEGAL SYSTEMS**

*Jorge Botelho Moniz\**

**Palavras-chave:** financiamento; igrejas e confissões religiosas; Europa; catolicismo, direito comparado.

**Resumo:** A nossa investigação pretende analisar os modelos de subsídio pública e privada existentes em uma Europa católica particular onde imperam os princípios da separação com cooperação, da hierarquização de religiões, por meio de leis especiais, e da liberdade religiosa. Para isso propomos um estudo de direito comparado dos instrumentos de financiamento das igrejas e confissões religiosas na Áustria, Eslováquia, Espanha, Itália, Polónia e Portugal, focando não apenas na identificação de suas similaridades, mas sobretudo na eficácia relativa de seus institutos jurídicos. Através da matriz comparativa será possível criar um diálogo entre as diferentes formas como os Estados codificam e regulam as contrapartidas financeiras ou as isenções fiscais oferecidas direta ou indiretamente às igrejas e confissões religiosas. No final do trabalho, procedemos a uma reflexão sobre os novos desafios e tendências que, em matéria de financiamento público e privado da religião, são colocados aos regimes jurídicos europeus.

**Keywords:** funding, churches and religious denominations, Europe, Catholicism, comparative law.

\* Bolsista de doutorado em Ciência Política, especialidade de Teoria e Análise Política, pela FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia na FCSH/NOVA - Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e na UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Email: [jorgemoniz.fellow@gmail.com](mailto:jorgemoniz.fellow@gmail.com). Telefone para contato: 48 996367930. Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9309532885997805>.

**Abstract:** Our research intends to analyze the models of public and private funding existing in a particular Catholic Europe where the principles of separation with cooperation, religions' hierarchy, through special laws, and religious freedom prevail. For that purpose, we propose a comparative law study of the funding instruments of churches and religious denominations in Austria, Slovakia, Spain, Italy, Poland, and Portugal, focusing not only on the identification of its similarities but mainly on the relative efficacy of its legal instruments. Through the comparative matrix we will be able to create a dialogue between the different forms how the states codify and regulate financial compensations, and tax exemptions that are offered to churches and religious denominations directly or indirectly. At the end of the paper, we will consider the new challenges and trends placed in front of European legal systems in terms of public and private funding of religion.

### 1 Introdução

O fenómeno do financiamento das igrejas e confissões religiosas remonta ao século XVI quando o Estado introduziu, gradualmente, o mecanismo de auxílio financeiro às igrejas (MESSNER, 2015, p. 1) como compensação pela secularização dos bens eclesiásticos por parte das autoridades públicas. O financiamento por meio das indemnizações continuou, principalmente na Europa ocidental durante e após o liberalismo, e prolongou-se e, em vários casos, mantém-se no século XXI como ressarcimento pela espoliação do período do nazismo ou do domínio comunista na Europa oriental.

Neste contexto, outro fenómeno marcante foi o crescimento da importância do Estado de bem-estar social logo no pós-I Grande Guerra e o seu desenvolvimento principalmente em finais da década de 1940. De facto, a necessidade de promoção do bem-estar dos cidadãos levou o Estado a um esforço de crescimento das suas áreas de intervenção. Por consequência as possibilidades de cooperação entre as entidades públicas e religiosas aumentaram (MACHADO, 1996, p. 366). O envolvimento oficial das confissões religiosas em áreas nas quais, tradicionalmente, já intervinham (v.g. assistência social) fez com que deixassem de ser financiadas exclusivamente por razões de compensação e dignidade histórica intrínseca, mas, em particular, pela sua vontade em

colaborar em programas públicos. Ou seja, pela sua ação direta em projetos sociais, educativos, hospitalares, entre outros.

A questão do financiamento não é, porém, uma questão do passado. Pelo contrário, a recente crise económico-financeira mundial, emergida em meados da década de 2010, fez recuperar o interesse da discussão política, legal e social sobre a subsidiação pública das igrejas e confissões religiosas (WOEHLING, 2015, p. 246). As crescentes restrições estatais em matéria de controlo da despesa pública e a necessidade de alargamento da base tradicional de suporte financeiro vieram, com efeito, desafiar o *status quo* hodierno, fazendo ressurgir uma multiplicidade de argumentos antinómicos sobre a censura ou justificação da situação existente.

Por um lado, na perspetiva da separação das confissões religiosas do Estado, rejeita-se a ideia de que cabe aos organismos públicos suportar a atividade das confissões religiosas. Entre ambos existe uma diferenciação institucional e teleológica que, respetivamente, os torna incompatíveis por semelhante resultado (MACHADO, 1996, p. 367). Este argumento não visa qualquer hostilidade para com a religião, antes procura exaltar que, historicamente, o financiamento público do *religioso* tem um elevado poder coercivo e discriminatório. No primeiro caso, ele faz recair sobre os não-crentes um ónus de promoção de ideias diferentes e, não raras vezes, contrárias às suas; no segundo, tende a conduzir à secundarização dos membros das confissões minoritárias e à perpetuação e consolidação de situações seculares de discriminação.

Por outro lado, quando o Estado abdica, por incapacidade financeira ou estrutural, da gestão de um determinado serviço público e opta pela sua realização através de instituições privadas sem fins lucrativos, ele não pode excluir as igrejas deste direito de participação pública (*Ibid.* p. 370). No campo do desenvolvimento de programas sociais e culturais de interesse público, estas podem oferecer um importante contributo humano e ético que outras, subordinadas apenas à racionalidade burocrática e impessoal e a preocupações de mera engenharia social, não conseguem. A cooperação entre *público* e *religioso* decorre, assim, de maneira saudável. Não como uma tentativa de influência indireta do Estado no *mercado das ideias*, mas diretamente da idónea prossecução por parte das igrejas das suas atividades de interesse público.

Como em qualquer debate entre duas partes razoáveis, existem argumentos sedutores em cada uma das doutrinas supramencionadas. Todavia, a dificuldade reside

em encontrar um ponto de equilíbrio entre o princípio da separação, o tratamento das confissões religiosas como parceiras sociais estratégicas e, por que não, os novos desafios criados pela crise financeira. Este desiderato é ainda mais hercúleo quando colocamos as nossas variáveis empíricas no seio de uma Europa profundamente religiosa – cristã – e onde a cooperação Estado-igrejas se baseia numa secular tradição política e cultural.

Pese embora tenhamos em consideração a discussão teórico-histórica em torno da questão do financiamento da religião, a nossa investigação não pretende reduzir-se a ela. Pelo contrário, através do recurso a fontes primárias e secundárias, pretendemos investir numa observação *de facto* dos atuais sistemas de financiamento dentro de uma Europa católica específica e num contexto socioeconómico desafiador como o atual. Desta forma, cremos contribuir de maneira mais concreta para as questões epistemológicas relacionadas com o nosso objeto de estudo.

Assim sendo, o nosso plano de trabalho levar-nos-á inicialmente à análise, interpretação e justificação dos nossos casos de estudo, passando ainda por uma sinopse acerca dos primórdios dos seus atuais modelos de auxílio financeiro à religião. Num segundo momento, quando já estivermos prontos para penetrar nas questões mais técnicas e complexas do financiamento, entraremos nas esferas das contrapartidas financeiras, das isenções fiscais diretas e indiretas, colocando em relação os países selecionados de modo a conseguirmos medir mais facilmente a intensidade da nossa variável empírica. O estudo amplo e interdisciplinar dos casos de estudo far-nos-á refletir, no final do trabalho, sobre os desafios futuros colocados aos Estados, às igrejas e confissões religiosas nos campos económico, político e cultural de sociedades em constante mutação.

## 2 Sobre os casos de estudo

O modelo de cooperação entre *público* e *religioso*, analisado na primeira parte, é o mais comum no contexto europeu (TORFS, 2007, p. 40-41). Nele o Estado reconhece o valor público da religião, existindo colaboração com as igrejas no sentido de alcançar fins sociais comuns. Na Áustria, Eslováquia, Espanha, Itália, Polónia e Portugal este sistema é um marca indelével das relações Estado-Igreja(s) (*Ibid.*, p. 38)<sup>1</sup> e, por

<sup>1</sup> Estamos cientes de que os países selecionados passaram por processos de democratização diferentes Itália e Áustria nas décadas de 1940-1950; Portugal e Espanha, década de 1970, e Eslováquia e Polónia, inícios

consequência, corresponde ao ponto de partida do qual inauguramos a escolha dos nossos casos de estudo.

Como não podia deixar de ser, a seleção deste grupo de países respeita critérios amplos e objetivos, não só com o fim de oferecer maior consistência científica à nossa variável empírica – o financiamento desta Europa católica –, mas essencialmente para permitir a sua melhor compreensão.

Deste modo, o primeiro critério funda-se no facto de todos os países terem Estados laicos. Sem exceção, as relações entre o *temporal* e o *espiritual* baseiam-se, formalmente, em princípios de separação, igualdade, neutralidade e aconfessionalidade. O segundo foi o facto de serem países que apresentam uma tipologia de relacionamento Estado-igrejas baseada na separação com lei especial, hierarquização de igrejas e liberdade religiosa<sup>2</sup>. O terceiro critério prende-se, logicamente, com o facto de em todos os casos de estudo existirem, nuns mais do que noutros, mecanismos de apoio financeiro direto a atividades das igrejas como as capelanias, escolas ou instituições de solidariedade e indireto por meio de benefícios fiscais de ordem vária (AAVV, 2009). Consequentemente o quarto todos têm em comum, em matéria de financiamento das igrejas e confissões religiosas, são os processos de espoliação e nacionalização dos bens eclesiais, perda de autonomia financeira do clero e o ulterior surgimento de mecanismos de compensação e indemnização das igrejas, em diversos momentos da sua história. O derradeiro critério para a sua seleção foi a condição sócio-religiosa. Não obstante os fenómenos de secularização aqui perceptíveis, seleccionámos apenas países de maioria católica apostólica romana<sup>3</sup>.

### 3 Sobre as contrapartidas financeiras

da década de 1990. Esses momentos diferentes de maturidade democrática serão tomados em conta no desenvolvimento da nossa investigação.

<sup>2</sup> Por não preencherem todos estes critérios, alguns exemplos clássicos de países europeus de maioria católica foram excluídos da nossa análise. São os casos da França, Irlanda, Bélgica, Eslovénia e Luxemburgo, Mónaco e Liechtenstein (MATOS, 2013, p. 93-100).

<sup>3</sup> Pese embora todos eles tenham sofrido uma diminuição do número de crentes católicos entre os inícios do século XXI e a década de 2010, a taxa de católicos continua a ser maioritária no mercado religioso. De cima para baixo, na Polónia 86,7%; na Itália 81,2%; em Portugal 81,0%, na Espanha 69,6%; na Eslováquia 62,0%; e na Áustria 61,4%. Sobre os valores dos inícios do século (AAVV, 2009). Sobre os valores mais recentes, disponível em [http://en.wikipedia.org/wiki/Catholic\\_Church\\_by\\_country](http://en.wikipedia.org/wiki/Catholic_Church_by_country). Acesso em 09 de Junho de 2017.

As contrapartidas ou subvenções a que nos referimos na epígrafe dizem respeito às verbas pagas pelo Estado e pelos seus organismos às igrejas e comunidades religiosas reconhecidas, como compensação pelo serviço público que desenvolvem a favor da sociedade. Daremos particular ênfase ao aspeto do ensino, mas também consideraremos os serviços de solidariedade social, a assistência espiritual em estabelecimentos públicos e outras idiossincrasias internas de cada país.

O dever de estimular a liberdade religiosa no qual o Estado hodierno laico se encontra investido conduz, inevitavelmente, ao direito dos pais à instrução religiosa dos filhos. O aparelho estatal mais do que avocar um *non facere* assume um *facere* traduzido na promoção do ensino religioso. Com efeito, qualquer um dos nossos casos de estudo promove na sua oferta escolar pública a instrução religiosa, daí derivando inúmeras subvenções financeiras, tanto no sistema estatal como no privado.

O caso português é, neste âmbito, um bom ponto de partida. A Constituição da República Portuguesa de 1976 estabelece que o ensino público não deve ser confessional (43º/3). Todavia, garante a liberdade de ensino de qualquer religião desde que praticada no contexto da respetiva confissão (41º/4). Nas escolas públicas, até ao ensino secundário, o Estado paga uma retribuição aos mais de 1.000<sup>4</sup> professores de educação moral e religiosa existentes no país (BRITO, 2009, p. 290). São três as comunidades que beneficiam deste apoio: primeira e destacadamente, a Igreja católica, depois a Aliança Evangélica e a comunidade Bahá'í (*Ibid.*, p. 290-91)<sup>5</sup>. Os professores de moral evangélica, contrariamente aos seus homólogos católicos, não são equiparados a funcionários públicos e, como tal, são trabalhadores pagos à hora (*Ibid.*, p. 291)<sup>6</sup>. Por outro lado, nenhum financiamento às escolas confessionais é permitido, com a exceção da UCP - Universidade Católica Portuguesa (*Ibid.*, p. 294). Face à sua importância, prestígio e especificidade institucional (artigo 21º/3 da Concordata de 2004) (GOMES, 2004, p. 7), ela é financiada pelo Estado desde 1971. Uma nota deve ainda ser feita sobre as IPSS - Instituições Particulares de Solidariedade Social. Centenas delas, sobretudo da

<sup>4</sup> O número exato é 1.019 segundo dados do ano letivo 2012-13 cedidos pela DGEEC. Disponível em <http://www.dgeec.mec.pt/np4/248/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

<sup>5</sup> Enquanto a Igreja católica tem cerca de 250.000 alunos inscritos na disciplina de Educação Moral e Religiosa católica, enquanto a Aliança Evangélica apenas conta com 2.000. A religião Bahá'í conta com números muito pouco expressivos (CARVALHO e JESUS, 2010).

<sup>6</sup> Segundo as afirmações da presidente da Comissão para a Acção Educativa Evangélica estes docentes recebem 30€ por semana, por aula (*Ibid.*).

Igreja católica<sup>7</sup>, têm um vínculo religioso e no seu múnus encontra-se a missão educativa; em especial, o auxílio à primeira infância, como os jardins e centros de infância, sendo total ou parcialmente financiadas pelo Estado para o desempenho destas tarefas. Face à realidade dos outros países seleccionados, podemos afirmar que Portugal é um caso intermédio relativamente ao financiamento do ensino religioso.

Na Áustria, por exemplo, não só o salário dos professores de moral religiosa das escolas públicas, como também o do corpo docente das privadas é suportado pelo Estado (KALB, 2009, p. 92-93). Contrariamente ao que sucede em Portugal, à exceção da UCP e de algumas IPSS, o governo austríaco financia as escolas privadas confessionais<sup>8</sup>, concedendo-lhes subsídios para custear despesas com pessoal escolar e ressarcindo-lhes custos relativos à esfera educativa. Ao nível do ensino superior, o caso austríaco, apesar de mais generoso, assemelha-se ao português pelo facto de o Estado financiar as faculdades de teologia católica de Viena, Graz, Salzburgo e Innsbruck e distingue-se ainda por subsidiar uma faculdade de teologia protestante em Viena<sup>9</sup>.

O caso polaco é bastante semelhante ao austríaco. Os ministros de culto tanto podem receber remuneração quando trabalham como professores de moral religiosa nas escolas públicas, como nas escolas confessionais. A Igreja católica e as comunidades religiosas reconhecidas podem fundá-las e dirigi-las, como quaisquer outras do setor privado, recebendo uma bolsa do Estado por cada aluno inscrito (DUFFAR, 2009, p. 39). A diferença é que na Áustria o custeio das despesas é pago por inteiro e na Polónia equivale apenas a um apoio parcial. Em matéria de ensino superior, mantém-se a tendência para financiar, como qualquer outra universidade pública, os estabelecimentos de ensino superior confessional<sup>10</sup>. Uma particularidade do caso polaco que, dentro dos casos de estudo apenas encontra paralelo em Itália, é o facto de haver um Fundo da Igreja

<sup>7</sup> Cf. Lista de IPSS registadas, Maio 2015, disponível em <http://www4.seg-social.pt/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

<sup>8</sup> Este financiamento encontra-se dependente do reconhecimento de um estatuto público concedido pelo Estado. Na Áustria, segundo o Tratado de Estado de 1955, existem quatro comunidades religiosas nesta situação: as Igreja católica e protestante, a antiga igreja católica e a sociedade religiosa israelita (KALB, 2009, p. 96).

<sup>9</sup> Referência ainda para a comunidade islâmica da Áustria que, por causa do estatuto de direito público, também goza destes privilégios. Assim sendo, existe um ginásio muçulmano organizado como escola privada confessional e financiado pelo Estado, segundo a lei austríaca (*Ibid.*, p. 94, 96).

<sup>10</sup> São cinco as universidades abrangidas: desde 1991, Universidade Católica de Lublin e a Academia Pontifícia de Cracóvia e, a partir de 2006, Faculdades Pontifícias de Teologia em Wrocław, e das Escolas Superiores de Filosofia de Varsóvia e *Ignatium* Pedagógico de Cracóvia (RYNKOWSKI, 2009, p. 283).

que pode ser utilizado para fins educativos, nomeadamente na restauração de certas partes dos edifícios escolares confessionais (ZAWIŚLAK e STANISZ).

Ainda dentro desta linha, encontramos a Eslováquia. Tal como nos dois casos anteriores o financiamento da instrução religiosa é fornecido às escolas confessionais e aos professores de ensino religioso nas escolas públicas. A diferença reside no facto de as escolas não-públicas não receberem subsídios para a reconstrução e modernização de edifícios e equipamentos tal como sucede na rede pública. É ainda lícito ao Estado pagar salários dos membros do clero, das igrejas reconhecidas oficialmente, que trabalham em locais destinados à educação dos seus eclesiásticos (MARTINKOVÁ, 2009, p. 299-300).

Mais próximos da realidade portuguesa são os casos italiano e espanhol. Em Espanha e Itália, o Estado apenas remunera os professores que lecionam religião e moral nas escolas públicas. Inversamente aos casos português, austríaco e polaco, não existe qualquer referência ao financiamento direto do ensino superior confessional (ASTORRI, 2009, p. 228-29; IBÁN, 2009, p. 316). Todavia, na Itália, pese embora a afirmação de não financiamento das escolas confessionais, parecem existir alguns mecanismos que contornam a questão da não subsidiação do ensino privado com inspiração religiosa. É o caso da lei dos patrocínios (2003), das antigas escolas primárias convencionadas e dos infantários e creches (ASTORRI, 2009, p. 229). Este último ponto é em tudo semelhante ao do caso português, porquanto o Estado financia diretamente organizações com, pelo menos, algum tipo de cariz religioso, sendo incontornavelmente a Igreja católica a maior beneficiária pela dimensão das infraestruturas que tem no terreno.

Outro aspeto a considerar é o dos serviços sociais que as igrejas, historicamente, assumiram nos países seleccionados. Atualmente, apesar de muitas delas dizerem respeito ao Estado social, as autoridades públicas continuam a pagar contrapartidas para fazer face às despesas dos serviços prestados pelas igrejas ou pelas suas organizações.

Em Portugal, em matéria de ação social, por diversos motivos históricos, políticos e culturais (MONIZ, 2014, p. 223-56), o setor privado, em particular a Igreja católica, tem em sua posse 75% da rede de intervenção social. Consequentemente, uma importante fatia do Orçamento de Estado na rubrica de ação social (42%) é-lhe conferida (*Ibid.* 241-45). As instituições de solidariedade de qualquer confissão religiosa são, assim, subvencionadas pelo Estado (BRITO, 2009, p. 290; DUFFAR, 2009, p. 50).

Outra forma de financiamento público dos serviços prestados pelas igrejas deriva da assistência espiritual que os ministros de culto oferecem enquanto capelães (*Ibid.*, p.

289-90; *Ibid.*, p. 52) hospitalares, prisionais e militares, sendo equiparados no cumprimento destas funções a funcionários públicos ou, no caso do último, a oficiais das forças armadas. Como o Acordo Missionário nunca foi formalmente revogado, o Estado ainda tem a seu encargo as pensões dos missionários das antigas colônias nacionais (*Ibid.*, p. 291; *Ibid.*, p. 55). Esta é uma especificidade do caso luso que não se encontra paralelo nos outros casos de estudo.

O Estado português, por vezes, também aceita apoiar e custear iniciativas eclesiais com particular projeção social. É o caso da cedência de terrenos previstos nos planos urbanísticos para a edificação de novas igrejas ou templos e do auxílio financeiro à sua construção. Relembre-se o exemplo da comunidade sunita nacional que, em 1978, recebeu da Câmara de Lisboa um terreno em direito de superfície para a construção da mesquita central e da escola corânica, tendo em 2003 e 2004 recebido duas doações públicas que lhe permitiram findar a obra<sup>11</sup>. Uma outra particularidade do caso português é o financiamento público de emissões religiosas televisivas e radiodifundidas. Este direito vem previsto no artigo 25º/1 da LLR<sup>12</sup>.

Em matéria de contrapartidas financeiras diretas, o exemplo português, comparativamente aos outros casos de estudo, surge numa posição mais ampla, pois cobre mais dimensões sociais e culturais, e menos restritiva, porque promove mais o apoio de outras confissões religiosas. No entanto, continua a assegurar a maior parte dos benefícios à Igreja católica.

A Polónia segue uma linha similar a Portugal. No país, independentemente da confissão dos profissionais eclesiais, os capelães militares – exclusivamente estes – são pagos pelo Estado (RYNKOWSKI, 2009, p. 282). Por oposição aos casos austríaco, italiano e espanhol, pese embora este tipo de pagamento a conselheiros espirituais em corporações públicas também esteja previsto pelo Estado, ele é mais restritivo. No primeiro caso apenas beneficiam as igrejas católica e protestante, sendo-lhes reembolsadas, por fundos públicos, as suas despesas em matérias hospitalar, social e cultural (KALB, 2009, p. 90 e 96). No segundo caso, somente a católica, havendo, porém,

<sup>11</sup> Existe ainda um caso semelhante no concelho de Loures, com a construção da escola corânica e da mesquita de Santo António de Cavaleiros, em 1999 (BRITO, 2009, p. 290-94).

<sup>12</sup> Exemplo disso são os programas televisivos *70x7*, *A Fé dos Homens* e *Caminhos*, além das eucaristias dominicais. Mais ainda os programas de rádio *E Deus Criou o Mundo*, *A Fé dos Homens*, além das eucaristias dominicais.

a hipótese de assistência espiritual por parte das outras comunidades religiosas, mas sem encargos para o erário público (ASTORRI, 2009, p. 228; VENTURA). Em Espanha, sem exceções práticas<sup>13</sup>, apenas a hierarquia católica goza desta subsidiação (IBÁN, 2009, p. 315-16).

Mais amplamente, na Eslováquia, o Parlamento aloca uma verba do orçamento de Estado para apoiar diretamente as Igrejas registadas. Estes subsídios diretos servem para cobrir as despesas com os salários do clero e os custos materiais para a realização de atos de culto e outros atos religiosos, assim como para cobrir despesas administrativas das igrejas e a sua manutenção (MARTINKOVÁ, 2009, p. 296-297)<sup>14</sup>. O orçamento também considera a Caridade Católica Eslovaca e a *Diakonia* Protestante para suporte financeiro (MORAVČÍKOVÁ, 2008, p. 549). Adicionalmente as igrejas e os seus organismos podem candidatar-se a vários subsídios, em particular, no âmbito da preservação do seu património cultural e dos seus projetos caritativos e culturais (*Ibid.*, p. 550).

Em Itália outras formas de financiamento direto também estão previstas através de um grande número de disposições legais. À semelhança do caso português, as leis regionais atribuem terrenos para a construção de edifícios culturais o que permite a locação de terrenos públicos a pessoas morais eclesiais que, em contrapartida, pagam um valor simbólico (ASTORRI, 2009, p. 229-230). Para Ferrari (2008, p. 237), não é seguro que em ambos as disposições digam respeito a todas as confissões religiosas ou apenas à católica. Em 2003 definiu-se ainda que obras de qualificação patrimonial das igrejas reconhecidas seriam consideradas como obras urbanas secundárias, beneficiando, assim, das verbas destinadas aos edifícios de culto. O financiamento dos seus bens culturais e artísticos encontra-se igualmente previsto nos acordos estabelecidos com o Estado (ASTORRI, 2009, p. 230).

<sup>13</sup> Apesar de não suceder *de factum, de jure* existe a possibilidade dos funcionários da comunidade islâmica que desempenhem funções sociais, em hospitais e prisões, possam ser pagos por meio de verbas públicas (IBÁN, 2009, p. 317). Esta cláusula é relevante, porque não existe semelhante hipótese, por exemplo, para as comunidades evangélica e judaica. A preponderância da Igreja católica fez com que em 2010 ela fosse compensada, pela totalidade dos seus serviços sociais prestados ao Estado, em €10.000 milhões (BASTANTE, 2011).

<sup>14</sup> Também se encontram incluídas, nestes apoios, as contribuições para fundos sociais, de saúde e de desemprego. As igrejas e comunidades religiosas reconhecidas pelo Estado podem não reclamar este direito. É o que acontece com as Testemunhas de Jeová, os Adventistas do 7º Dia, a Nova Igreja Apostólica e as Congregações cristãs (DUFFAR, 2009, p. 54-55).

Na Áustria e na Polónia subsistem mecanismos de subsidiação das atividades sociais das igrejas, baseados na antiga lógica de compensação pela espoliação dos bens eclesiásticos. No primeiro caso, desde 1961 que o Estado paga *subsídios culturais* às três igrejas legalmente reconhecidas e à comunidade judaica (KALB, 2009, p. 95-96). Isso inclui o pagamento de salários de 1.250 colaboradores da Igreja católica, 81 da protestante, 23 da judaica e 4 da antiga católica. Os primeiros recebem por ano cerca de €14 milhões, os segundos €900 mil e os restantes €250 mil e €41 mil, respetivamente (*Ibid.*, p. 89-90). No caso polaco o sistema homólogo era, até muito recentemente, o famigerado Fundo da Igreja que, entre 1990 e 2014 promoveu assistência financeira em três campos essenciais: segurança social (DUFFAR, 2009, p. 64) e saúde do clero, suporte a atividades sociais e caritativas e renovação e conservação de edifícios históricos religiosos (ZAWIŚLAK e STANISZ). O fundo era maioritariamente alocado para a restauração de edifícios eclesiásticos equiparados a monumentos históricos. À semelhança dos outros casos analisados a maior beneficiária era a Igreja católica que recebia cerca de 87% do fundo (RYNKOWSKI, 2009, p. 280-81).

#### 4 Benefícios fiscais diretos e indiretos

Portugal não conhece qualquer sistema de financiamento público das igrejas (CANAS, 2008, p. 492). No entanto, existem alguns mecanismos de financiamento indireto assegurados pela isenção de algumas das contribuições fiscais mais importantes.

Os artigos 31º e 32º da LLR estabelecem um sistema de benefícios fiscais em três níveis: na base, os que se aplicam a todas as confissões religiosas, qualquer que seja o seu estatuto jurídico; no meio, as que respeitam as pessoas jurídicas religiosas registadas enquanto tal; no cume, as igrejas e cultos radicados no país que gozam de todos os benefícios fiscais previstos no artigo 26º da concordata de 2004.

Existem atividades com fins religiosos que, independentemente do estatuto jurídico da confissão no seio da qual elas decorrem, são sempre consideradas não tributáveis. Por exemplo: as prestações dos crentes para realização de fins religiosos, incluindo a assistência religiosa, a formação de ministros de culto, a missão e difusão da fé e a instrução religiosa; os donativos e as coletas públicas com objetivos religiosos; e a distribuição gratuita de publicações com declarações, avisos ou instruções religiosas e sua

afixação nos lugares de culto. Além disso, toda e qualquer pessoa coletiva religiosa encontra-se isenta de todo o imposto ou contribuição geral, regional ou local, sobre lugares de culto e edifícios destinados a atividades religiosas, tal como seminários e suas dependências anexas e jardins e logadouros<sup>15</sup>. De igual modo, encontram-se isentas de imposto selo e de todas as taxas sobre a transmissão de bens que incidam sobre a aquisição, doação e sucessão de propriedades imobiliárias desde que com fins religiosos (LLR, 32º/2/b).

Outra isenção fiscal direta da qual, neste caso, apenas beneficiam as igrejas e confissões religiosas radicadas no país, incluindo as IPSS, é a do IVA - imposto sobre o valor acrescentado (*Ibid.*, p. 492-93; BRITO, 2009, p. 289-90)<sup>16</sup>. Este benefício, plasmado no decreto-lei 20/1990, beneficiou até 2001 apenas a hierarquia católica. Todavia, o artigo 65º da LLR viria a expandi-lo, em determinados casos (CANAS, 2008, p. 493), às confissões religiosas radicadas, incluindo as suas associações de fiéis que passaram a poder beneficiar do reembolso do montante do IVA pela compra de bens mobiliários e prestação de serviços com fins culturais e pela construção, manutenção e conservação de imóveis destinados a fins religiosos. Pese embora o susto causado pelo orçamento de Estado de 2011 que ameaçava retirar, somente, às confissões religiosas não-católicas radicadas no país e às IPSS estas isenções, o governo recuou e apenas as últimas acabariam por ver parte dos seus direitos afastados<sup>17</sup>.

Por fim, está ainda prevista a redução das taxas contributivas para a segurança social sobre os rendimentos auferidos pelos empregadores (de 23,75% para 8%) e trabalhadores (de 11% para 4%) das igrejas, confissões e associações religiosas (BRITO, 2009, p. 292).

Em Espanha tal como em Portugal, as confissões religiosas gozam de amplos benefícios fiscais. Através do acordo sobre assuntos económicos de 1979, a Igreja católica passou a beneficiar duma extensa lista de isenções tributárias, avaliada em 2010 em mais de €1.000 milhões (BASTANTE, 2011). Não obstante as igrejas com acordo assinado com o Estado não possuam uma base legal específica, estas também devem beneficiar das

<sup>15</sup> Nestes casos, as suas instituições de solidariedade social podem também utilizar estes espaços (LLR, 26º/2).

<sup>16</sup> Isenção do IVA não está prevista no direito europeu (BRITO, 2009, p. 292). Esta isenção foi, em certa medida, uma solução encontrada pelo Estado português e pela Comissão Europeia para não se contrariarem as normas europeias. Ou seja, é cobrado o IVA às atividades económicas das igrejas, mas são-lhes concedidas subvenções idênticas ao IVA suportado por elas (CANAS, 2008, p. 492).

<sup>17</sup> Cf. artigos 130º da lei n.º 55-A/2010 e 179º da lei n.º 64-B/2011.

mesmas isenções previstas para a Igreja (IBÁN, 2009, p. 316). Similarmente ao caso português, estão previstas isenções sobre esmolas e obrigações que decorrem do seu múnus de autofinanciamento, publicação de documentos eclesiásticos, bens imóveis sucessões, doações e transmissões patrimoniais e ainda exoneração nos impostos sobre os rendimentos, as atividades económicas e de ensino eclesiástico, os veículos sobre tração mecânica, *inter alia* (MONELOS, 2002, p. 278-80).

A possibilidade das confissões religiosas fruírem de isenções sobre o lucro retirado das suas atividades económicas, desde que reinvestidos em atividades estatutárias (DUFFAR, 2009, p. 61; RYNKOWSKI, 2009, p. 284)<sup>18</sup>, está igualmente prevista na Polónia. A este *generoso* sistema, inexistente em Portugal, mas presente em Espanha, se acrescentam outras exonerações em matéria de imóveis das igrejas, de importação de mercadorias para as atividades eclesiásticas, sociais e educativas e dos direitos de registo sobre contratos civis. Por seu turno, a Eslováquia apresenta algumas similitudes com o exemplo polaco, nomeadamente no que concerne a isenções sobre os lucros das atividades religiosas e a importação de objetos sagrados (MORAVČÍKOVÁ, 2008, p. 550). De resto o caso eslovaco segue o modelo existente nos restantes países. A título de exemplo as exonerações previstas para as igrejas oficialmente registadas sobre os tributos para coleções religiosas e atos de culto; sobre as contribuições regulares dos seus membros; sobre o imposto de propriedade; sobre os legados e doações para o desenvolvimento de atos religiosos; e, tal como em Portugal, sobre rendimentos obtidos em missões e noutros serviços religiosos (MARTINKOVÁ, 2009, p. 297-98).

A Áustria e a Itália seguem, de igual modo, esta tendência. Em ambos existem inúmeras isenções para igrejas e cultos reconhecidos ao nível do imposto sobre rendimento das pessoas coletivas<sup>19</sup> e do IVA e das contribuições devidas sobre a transmissão de bens móveis, sucessões e doações, desde que com propósitos caritativos e não lucrativos (KALB, 2009, p. 90; FERRARI, 2008, p. 237; DUFFAR, 2009, p. 59). A Itália apresenta ainda semelhanças com os modelos espanhol, polaco e eslovaco em matéria de redução da carga fiscal sobre as suas atividades comerciais. Tal como em Portugal, goza ainda de isenção do imposto municipal sobre bens imóveis religiosos e dos seus edifícios anexos (ASTORRI, 2009, p. 231; MALTESE, 2007). O acordo de Latrão

<sup>18</sup> Entre elas se enquadram as religiosas, sociais, educativas, culturais, científicas, caritativas e conservação e preservação de monumentos sagrados.

<sup>19</sup> Em Itália a redução de imposto sobre as pessoas morais é de 50%.

e os outros assinados com as confissões religiosas não católicas estendem às suas instituições caritativas e educativas a isenção de qualquer contribuição sobre a propriedade.

No que concerne as isenções indiretas, pretendemos designar os benefícios legais previstos para o benfeitores das comunidades religiosas e/ou o regime fiscal das doações anuído às obras religiosas, particularmente, às de beneficência.

Neste contexto, segundo a letra dos nº 3 do artigo 32º da LLR e nº 6 do artigo 26º da concordata portuguesa, os donativos oferecidos por pessoas singulares às pessoas jurídicas religiosas inscritas produzem o efeito tributário de dedução à coleta, nos termos e limites do direito nacional. A redação destes artigos conduz, segundo Manuel Pires (2006, p. 206), as igrejas, os institutos religiosos e as suas pessoas coletivas sem fins lucrativos para o estatuto do mecenato, abrangendo somente os donativos das pessoas singulares (SILVA, 2006, p. 221), com fins exclusivamente confessionais (DUFFAR, 2009, p. 63). Assim sendo, as doações são dedutíveis à coleta sobre 25% das importâncias atribuídas e majoradas em 130%, até ao limite máximo de 15% do benefício (PIRES, 2006, p. 206).

Em Itália o mesmo se passa no campo das isenções indiretas sobre as doações. Tal como em Portugal, o regime que gere o modelo da doação deduzível é o sistema geral aplicado às associações sem fins lucrativos (ASTORRI, 2009, p. 225-28; VENTURA). A particularidade do caso italiano reside na possibilidade, tanto da Igreja católica como das confissões religiosas reconhecidas, de deduzir nos rendimentos tributáveis os donativos dados em benefício das igrejas e dos seus organismos até limite máximo de 1032€ por ano fiscal (FERRARI, 2008, p. 236). Igualmente na Polónia os donativos são considerados como isenções fiscais indiretas. Com efeito, no caso polaco as pessoas singulares podem doar até 6% e as pessoas coletivas 10% do seu rendimento anual às comunidades religiosas, sendo estes valores deduzíveis na sua base tributária (DUFFAR, 2009, p. 63; RYNKOWSKI, 2009, p. 282). No entanto, existem duas exceções. As igrejas católica e ortodoxa não estão limitadas a estas barreiras percentuais. Na verdade, desde que recebam doações para a prossecução da sua missão caritativa, podem receber donativos ilimitados. Por sua vez na Áustria, Eslováquia e Espanha verificam-se dentro deste campo de análise algumas nuances similares. No primeiro, as contribuições para as igrejas reconhecidas são consideradas pagamentos especiais e são deduzíveis até 400€ por ano fiscal (DIE PRESSE, 2011), enquanto nos dois últimos, o valor dos donativos

para causas humanitárias, caritativas e religiosas são dedutíveis no lucro tributável das pessoas físicas jurídicas (MONELOS, 2002, p. 280; MORAVČÍKOVÁ).

## 5 Considerações finais

Todos os países selecionados têm mecanismos para oferecer auxílio financeiro às atividades religiosas das igrejas e, por vezes, até às lucrativas. Em face das vicissitudes históricas e das idiosincrasias culturais de cada um, o tipo de subsídio não é naturalmente homogêneo, acabando por se mostrar mais significativo em determinados países do que noutros. Este apoio é, por vezes, direto – com o apoio à subsistência de capelães em estabelecimentos públicos, de professores de moral religiosa e/ou de escolas confessionais ou de instituições de solidariedade social –, mas, muitas vezes, também é indireto – por meio de vários benefícios fiscais em doações, na aquisição de produtos para fins religiosos ou na manutenção e conservação do património eclesiástico.

Com efeito, esta realidade tem-se perpetuado não obstante a evolução do princípio da laicidade preconizado nos Estados analisados e a inexistência de qualquer preceito constitucional que refira a possibilidade de financiamento das igrejas. Para a justificação deste fenómeno apontamos duas razões, uma no campo jurídico e outra nos campos histórico, político e cultural.

Quanto à primeira podemos dizer que é um reflexo do famigerado princípio constitucional de cooperação, preceito existente sem exceção nos países analisados. De facto em todos eles o *temporal* e o *espiritual* têm uma relação de interdependência mútua por desempenharem tarefas comuns. O princípio da laicidade tem, nos casos de estudo, requerido do Estado não uma pura atitude omissiva, uma abstenção ou *non facere*, mas um *facere*, traduzido num dever de assegurar ou promover o exercício da religião. Como vimos, esta doutrina tem-se feito valer no concernente às questões financeiras.

No respeitante à segunda, pese embora os argumentos legais como os da *cooperação* tendam a ganhar força, na prática, em todos os países, as vicissitudes históricas e políticas bem como as idiosincrasias culturais de cada povo continuam a ser preponderantes na formação dos modelos de financiamento das confissões religiosas. Neste contexto, basta-nos relembrar as compensações por espoliação das propriedades eclesiásticas, transversal a todos os casos de estudo e o reconhecimento da relevância

histórica e hodierna da intervenção das igrejas nos campos da proteção social, educação, cuidados de saúde e assistência espiritual. Igualmente relevante são os laços afetivos e culturais entre o *religioso* e a comunidade nacional. Mais do que qualquer princípio legal, eles desenham, a nosso ver, os contornos do tratamento (des)igual entre confissões, patentes nos escalões de hierarquização e discriminação entre igrejas reconhecidas e não-reconhecidas em todos os países selecionados.

Com efeito, as tendências atuais tendem e tenderão a desafiar e a fazer reconsiderar os modelos contemporâneos de financiamento público da religião. Três motivos podem ser apontados. Aquele que, primeiramente, parece conduzir a mudanças mais imediatas é o da crise económico-financeira que inclina as autoridades públicas a colocar maiores restrições orçamentais. Em particular, destacam-se o término de nichos de isenção fiscal (v.g. em Portugal a partir de 2005, com o termo da isenção do impostos sobre os rendimentos dos padres) ou a diminuição de sacerdotes pagos pelos Estado (v.g. o fim do Fundo da Igreja na Polónia). Outra razão é a do crescimento da importância de grupos confessionais minoritários e não-confessionais. Este acontecimento já levou e continuará a levar à reivindicação de estatutos similares aos das comunidades religiosas reconhecidas (casos da Espanha, Áustria, Itália e Portugal). Algo que, consequentemente, obrigará a uma reforma de novas políticas públicas em matéria de financiamento dos cultos. Por fim, a secularização e a relativa indiferença e, até às vezes, uma certa animosidade para com os cultos reconhecidos podem conduzir a uma mudança no *status quo*. Isto já sucedeu na Polónia e na Eslováquia por causa das recentes polémicas sobre a compensação pela espoliação do património eclesiásticos dos cultos reconhecidos.

A necessidade que as autoridades públicas dos países selecionados têm de controlar legalmente o acesso a benefícios financeiros, entre outros, a um grupo restrito de confissões religiosas – e, em certos casos, apenas a uma igreja destacada – pese embora não perigues forçosamente a liberdade religiosa, fragiliza a igualdade de oportunidades. Com efeito, na medida em que esta equidade esteja relacionada com a alocação de recursos públicos, o Estado tem o direito legal de recusar critérios de igualdade formal e de aplicar a justiça distributiva<sup>20</sup>. Mantendo esta fórmula de separação com cooperação com lei especial e hierarquia de igrejas que, segundo alguns autores, caminha metaforicamente para um sistema de Igreja(s) de Estado, torna-se difícil antever como

<sup>20</sup> Este sistema só viola o *princípio de facto* que subjaz à norma quando o Estado oferece um excedente de direitos a certas igrejas e impõe um défice a outras, legalmente equiparadas.

será possível no futuro adaptar convenientemente a práxis política aos desafios de amanhã. Algumas respostas já foram dadas, nomeadamente no caso polaco com a extinção do Fundo da Igreja e as suas consequências, mas tanto neste caso de estudo como nos outros se perspetivam conflitos de interesses que podem vir a marcar, não somente, o dever dos sistemas de financiamento, mas, sobretudo, o destino das novas relações Estado-igrejas.

## 6 Referências

AA.VV. **The Financing of Religious Communities in the European Union.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

ASTORRI, ROMEO. **Le financement des confessions religieuses en Italie.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

BASTANTE, Jesús. *La Iglesia recibe al año 10.000 millones de las arcas públicas.* Público, 2011. Disponível em <http://www.publico.es/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

BRITO, José Sousa. **Le financement des communautés religieuses au Portugal.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

CANAS, Vitalino. **État et Églises au Portugal.** In: ROBBERS, Gerhard (ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne.* 2ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

CARVALHO, Rita; JESUS, Patrícia. **Escolas com aulas de religião evangélica mostram influência do culto.** Diário de Notícias, 2010. Disponível em <http://www.dn.pt/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

DIE PRESSE. **Kirchenbeitrag: 400€ absetzbar.** Die Presse, 2011. Disponível em <http://diepresse.com/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

DUFFAR, Jean. **Le financement des religions dans les États de l'Union Européen: rapport de synthèse.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

FERRARI, Silvio. **État et Églises en Italie.** In: ROBBERS, Gerhard (ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne.* 2ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

GOMES, Manuel Saturnino. **A nova concordata.** Agência Ecclesia, nº 962, 2004.

IBÁN, Iván. **The financing of religious communities in Spain.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

KALB, Herbert. **The financing of religious communities in Austria.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.** Stvdia Ivridica, 18, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MALTESE, Curzio. **Property tax relief for the Church: EU takes Italy to Court.** La Repubblica, 25 de Junho de 2007. Disponível em <http://www.concordatwatch.eu/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

MARTINKOVÁ, Jana. **The financing of religious communities in Slovakia.** In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). *The Financing of Religious Communities in the European Union.* 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

MATOS, Luís Salgado. **Para uma tipologia do relacionamento entre o Estado e a Igreja.** In: FERREIRA, António Matos Ferreira; MATOS, Luís Salgado (orgs.). *Interações do Estado e das Igrejas: Homens e Instituições.* 1ª Ed., Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2013.

MESSNER, Francis. **Introduction.** In: MESSNER, Francis (ed.). *Public Funding of Religions in Europe.* 1ª Ed., Ashgate, 2015.

MONELLOS, Susana Mosquera. **Benefícios fiscaes de la Iglesia Católica en España.** In: GOMES, Manuel Saturnino (coord.). *Relações Igreja-Estado em Portugal, desde a vigência da Concordata de 1940.* Col. Lusitânia Canónica, 8, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

MONIZ, Jorge Botelho. **Igreja católica e caridade em Portugal. Do múnus bíblico de ajudar o outro à sua indispensabilidade no século XXI.** Revista Brasileira de História das Religiões, ANPUH, vol. 7, n.º 19, 2014.

MORAVCIKOVA, M. **État et Églises en République slovaque.** In: ROBBERS, Gerhard (ed.). *État et Églises dans l'Union Européenne.* 2ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2008.

MORAVČÍKOVÁ, Michaela. **Financing of Churches**. Disponível em <http://www.eurel.info/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

PIRES, Manuel. **Aspectos fiscais**. In: GOMES, Manuel Saturnino (coord.). Estudos sobre a Nova Concordata. Santa Sé – República Portuguesa, 18 de Maio de 2004. Col. Lusitânia Canónica, 11, 1ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006.

RYNKOWSKI, Michał. **Financing of religious communities in Poland**. In: Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET; BERLINGÓ, Salvatore (eds.). The Financing of Religious Communities in the European Union. 1ª Ed., Trier: Institute for European Constitutional Law, 2009.

SILVA, Isabel Marques. **Implicações fiscais**. In: GOMES, Manuel Saturnino (coord.). Estudos sobre a Nova Concordata. Santa Sé – República Portuguesa, 18 de Maio de 2004. Col. Lusitânia Canónica, 11, 1ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006.

STANISZ, Piotr; ZAWIŚLAK, Michał. **Church Fund**. Disponível em <http://www.eurel.info/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

TORFS, Rik. **Religion and State relationships in Europe**. Religious Studies Review. Vol. 1, nº 4, 2007.

VENTURA, Marco. **Financing of the Churches**. Disponível em <http://www.eurel.info/>. Acesso em 09 de Junho de 2017.

WOEHLING, Jean-Marie. **Religious activities and public funding – concluding observations**. In: MESSNER, Francis (ed.). Public Funding of Religions in Europe. 1ª Ed., Ashgate, 2015.

## EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A INFLUÊNCIA DO RELATÓRIO “DOING BUSINESS” SOBRE A DESREGULAÇÃO JURÍDICA NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Marja Mangili Laurindo\*

**Palavras-chave:** *Doing Business*; desregulação; tradição romano-germânica.

**Keywords:** *Doing Business*; deregulation; civil law tradition.

**Resumo:** Busca-se, com este trabalho, evidenciar a influência do Banco Mundial sobre a competitividade jurídica que se instala internacionalmente, pela qual os países procuram se tornar mais atrativos juridicamente aos olhos dos investidores. Concluiu-se que tal relatório tem impacto real sobre a compreensão do que é direito e os instrumentos jurídicos nos sistemas inseridos na tradição romano-germânica, desregulando-a. A metodologia utilizada, de caráter indutivo, envolveu a pesquisa bibliográfica de livros e publicações oficiais do Banco Mundial acerca do relatório *Doing Business*.

**Abstract:** This paper aims to highlight the influence of the World Bank on the legal competitiveness that is established internationally, by which countries seek to become more attractive legally in the eyes of investors. It was concluded that such report has a real impact on the understanding of what is law and the legal instruments in the systems inserted in the Roman-Germanic tradition, deregulating it. The inductive methodology involved the bibliographical research of books and official publications of the World Bank about *Doing Business* report.

### 1 Introdução

Com o objetivo de estabelecer um manual da eficiência econômica, o *Doing Business*, relatório do Banco Mundial criado originalmente em 2002 que procura medir, analisar e comparar as regulamentações aplicáveis às empresas e o seu cumprimento em economias em nível regional e nacional, se propõe não somente a uma mera análise quantitativa dos sistemas regulatórios e seus impactos sobre a expansão do mercado, mas se inteira da história dos sistemas jurídicos dos países estudados. Coloca-se, portanto, em posição de influenciar as

\* Mestra e doutoranda em Teoria e Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8707789664603964>. E-mail: [marjamangili@gmail.com](mailto:marjamangili@gmail.com).

teorias do direito através da promessa de eficiência e simplicidade dos procedimentos, não somente no campo dos negócios econômicos, mas também jurídicos.

Diante deste quadro, busca-se, com este trabalho, evidenciar a influência do Banco Mundial sobre a competitividade jurídica que se instala internacionalmente, pela qual os países procuram se tornar mais atrativos juridicamente aos olhos dos investidores. Salienta-se o caráter do funcionamento do Direito no contexto da economia neoliberal: a desregulação legislativa, a casuística e, por fim, a ampliação, no âmbito do mercado, da liberdade de resolução de lides conforme a vontade das partes envolvidas; em suma, o crescente processo de privatização do Direito, que se alimenta da ideia de que um Estado regulador é inadequado à evolução do mercado global.

## 2 O Relatório *Doing Business*

De acordo com a sua página na internet, o *Doing Business* é um relatório do Banco Mundial criado originalmente em 2002 que procura medir, analisar e comparar as regulamentações aplicáveis às empresas e o seu cumprimento em economias em nível regional e nacional (BANCO MUNDIAL, 2016). Através dele, mede-se o impacto das regulamentações sobre as atividades empresariais ao redor do mundo. Seus dados permitem comparar as mais variadas formas de regulação das atividades empresariais em várias economias do mundo.

Com o objetivo de estabelecer um manual da eficiência econômica, o relatório do Banco Mundial se propõe não somente a uma mera análise quantitativa dos sistemas regulatórios e seus impactos sobre a expansão do mercado, mas se inteira da história dos sistemas jurídicos dos países estudados; está minimamente a par das considerações práticas e, além disso, se coloca em posição de influenciar as teorias do direito através da promessa de eficiência e simplicidade dos procedimentos, não somente no campo dos negócios econômicos, mas também jurídicos.

O relatório de 2004 traz uma explanação sobre os sistemas jurídicos e explica como eles se distribuem pelo mundo: de um lado, o *common law*, marcado pela independência dos juízes, pela pouca importância da regulação e pela preferência pela litigância privada; do outro

lado, a *civil law*, caracterizada pela subordinação dos juízes ao Estado, pela codificação e pela resolução de litígios na esfera de regulação estatal<sup>1</sup>.

Os dados apresentados pelo *Doing Business* contemplam informações como o tempo e o custo de efetivação das leis que preveem, por exemplo, registro de empresas e outros assuntos de interesse, como a flexibilidade das leis trabalhistas e os procedimentos existentes que garantem a execução de um contrato. Além disso, o relatório também observa o a eficiência do funcionamento de instituições judiciárias. Nesse sentido, o relatório compreende que as leis e a regulação de determinado governo tem papel fundamental no crescimento econômico: quanto maior a regulação, mais ineficientes são as instituições públicas, maior o custo administrativo e mais lentos os processos jurídicos<sup>2</sup>.

Tal análise dos sistemas tem consequências práticas para o Banco Mundial no que concerne à eficiência dos aparatos jurídicos. Nos países que se adequaram à *civil law*, cujo expoente tradicional é a França, os procedimentos são mais numerosos, mais caros e mais demorados quando comparados com os demais países de tradição anglo-saxônica.

Countries in the French civil law tradition take the longest time and have the most procedures and highest cost. But France itself is a top performer among French-origin countries. Countries in the German tradition have the largest capital requirement, more than 100 percent of income per capita, whereas the median capital requirement for English-origin countries is zero. (WORLD BANK, 2004, p. 21).

Segundo Fauvarque-Cosson e Kerhuel (2009), o *Doing Business* defende que os sistemas jurídicos pautados no *common law* são mais aptos a estabelecer uma relação favorável e comunicativa entre direito e economia. Isso porque, nessa tradição, o modo como o judiciário e o legislativo se estruturam favorece o mercado quando em comparação aos países de *civil law*, uma vez que juridicamente menos rígido.

Após a publicação do referido documento notou-se, no caso particular da França, que uma nova diretriz foi indicada pelo governo do então presidente Nicolas Sarkozy. Em 2009, em uma carta intitulada *Rapport sur les professions du droit*, o Sarkozy enfatizou que os advogados

<sup>1</sup> Regulation in developed countries varies systematically, shaped by their history over the last millennium. England developed a common-law tradition, characterized by independent judges and juries, the low importance of regulation, and a preference for private litigation as a means of addressing social problems. France, following the Romans, developed a civil-law tradition, characterized by state employed judges, emphasis on legal and procedural codes, and a preference for state regulation over private litigation. Germany and the Nordic countries developed their own civil-law traditions, also based on Roman law. (WORLD BANK, 2004, p. 84).

<sup>2</sup> The Doing Business reports assume that the quality of the laws and regulations that govern business play a decisive role in economic growth. Based on the performance observation of a number of legal systems, they aim to demonstrate that the heaviest regulations produce the worst results because they are usually associated with inefficiency within public institutions, long delays in reaching decisions, high costs of administrative formalities, lengthy judicial proceedings, higher unemployment and more corruption, less productivity, and lower investment (FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, 2009, p. 814).

franceses estariam em franca competição internacional devido à própria disputa entre sistemas jurídicos (FRANCE, 2009). Diz nela o ex-presidente francês que a prática dos advogados do *common law* está sendo exportada devido ao império econômico dos Estados Unidos e do Reino Unido. Destarte, a questão da eficiência jurídica passaria a ser um dos principais problemas a serem resolvidos pelo governo (FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, p. 816, 2009).

Os advogados americanos e os procuradores ingleses depois de um século se voltam para o direito comercial e adaptaram as suas práticas com as características do "Common Law". Os contratos que escrevem tendem a prever e resolver todos os eventos que podem ocorrer durante a sua execução. Esta forma de trabalhar é facilmente exportável e adaptável às regras locais. O poder econômico e financeiro dos Estados Unidos, como do Reino Unido, a vontade dos Estados e das empresas de demandar aos seus advogados para acompanhá-los e aconselhá-los em suas operações domésticas ou internacionais, permitiu que as empresas anglo-saxônicas, após ter assegurado seus mercados domésticos, a crescer em todo o mundo, para afirmar sua influência, e as suas práticas profissionais.<sup>3</sup> (FRANCE, 2009, p. 7).

Evidentemente, a simples categorização de um sistema jurídico como sendo pertencente ao modo *common law* não torna o país em questão por si só eficiente, afirma o Banco Mundial. Como aponta o relatório *Doing Business* de 2004, herança não é destino: a Tunísia, por exemplo, que se encaixa no que poderia se dizer um sistema de *civil law*, está dentre os países com menos regulações e mais eficiência no setor de contratos; o Uruguai, também da mesma tradição, possui uma legislação trabalhista bastante flexível quanto às contratações e demissões; por outro lado, a Índia, país incluído na tradição da *common law*, regula duramente as relações trabalhistas e possui um dos sistemas mais ineficientes de insolvência.

Porém, de maneira geral, onde há maior regulação há também maior ineficiência – tempo é dinheiro – das instituições públicas, com menos investimentos e produtividade. Isso se torna ainda mais evidente, segundo o relatório, nos países mais pobres, nos quais há pouca capacidade por parte do governo de “garantir que o critério de regulação não abusará dos negócios para obter subornos”.

<sup>3</sup> “Les lawyers américains et les solicitors anglais depuis plus d’un siècle se sont tournés vers le droit des affaires et ont adapté leur pratique professionnelle aux caractéristiques du «Common Law». Les contrats qu’ils rédigent tendent à prévoir et résoudre tous les événements susceptibles de se produire au cours de leur exécution. Cette façon de travailler est donc facilement exportable et adaptable aux règles locales. La puissance économique et financière des Etats-Unis comme du Royaume-Uni, la volonté des Etats et des entreprises de demander à leur avocats de les accompagner et de les conseiller dans leurs opérations nationales ou internationales, ont permis aux firmes anglo-saxonnes, après avoir assuré leurs marchés nationaux, de se développer dans le monde entier, d’y affirmer leur influence, et celle de leurs pratiques professionnelles.” (FRANCE, 2009, p. 7).

Para o Banco Mundial, uma boa regulação não quer dizer ausência total de controle, mas menos regulação do que se costuma ver na maioria dos países, em especial nos mais pobres. Nesse sentido, o relatório recomenda que esses países não devam despendar recursos com mais regulação, mas definindo e defendendo, sobretudo nas Cortes Supremas, os direitos de propriedade.

Um estudo que examinou a eficiência dos tribunais em diferentes províncias na Argentina e no Brasil concluiu que as empresas localizadas nas províncias com tribunais mais eficientes têm mais acesso a crédito. Outro estudo, focado no México, concluiu que os estados com melhores sistemas de tribunais têm empresas maiores e mais eficientes. Tribunais eficientes reduzem os riscos enfrentados pelas empresas ao aumentar a disposição delas ao investimento. Empresas no Brasil, Peru e Filipinas reportaram que estariam mais dispostas a investir se tivessem mais confiança nos tribunais<sup>4</sup>. (WORLD BANK, 2004, p. 9, tradução nossa).

Para Gaudreault-Desbiens (2013), porém, o relatório do Banco Mundial não faz mais do que se fundamentar em estereótipos dos sistemas de direito: enquanto produz uma imagem de que o direito dos países que seguem a tradição civilista é cristalizado, reproduzindo assim um estereótipo negativo de tal sistema, afirma o caráter positivo do direito dos países de *common law*.

Os debates recentes sobre a concorrência das tradições de *common law* e romano-germânica são grandemente fundadas sobre as imagens arquetípicas dessas tradições. Os relatórios *Doing Business* reproduzem uma imagem cristalizada do direito que se faz e vive.

Os debates recentes sobre a concorrência entre as tradições de *common law* e romano-germânica são largamente fundadas sobre imagens arquetípicas dessas tradições. Os relatórios *Doing Business* reproduzem uma imagem cristalizada do direito que se faz e se vive nos Estados que adotaram a tradição civilista francesa. Assim, os relatórios *Doing Business* tomam em conta um arquétipo positivo da *common law* e um outro, negativo, da tradição romanista.<sup>5</sup> (GAUDREAU-DESBIENS, 2013, p. 258-259, tradução nossa).

Nota-se que o Banco Mundial, por meio do relatório, acabou por criar uma imagem negativa das tradições de direito civilista. Pelas razões já apontadas, tal modelo jurídico não

<sup>4</sup> No original: “A study examining court efficiency in different provinces in Argentina and Brazil found that firms located in provinces with more effective courts have greater access to credit. Another study, focusing on Mexico, found that states with better court systems have larger and more efficient firms. Effective courts reduce the risks faced by firms and increase their willingness to invest. Firms in Brazil, Peru and the Philippines report that they would be willing to invest more if they had greater confidence in the courts.” (WORLD BANK, 2004, p. 91).

<sup>5</sup> [...] les débats récents sur la concurrence des traditions de common law et romano-germanique se sont largement fondés sur des images archétypales de ces traditions. Les rapports Doing Business reproduisent certes une image figée du droit tel qu’il se fait et se vit dans les États se rattachant à la branche française de la tradition civiliste. [...] Ainsi, les rapports Doing Business ont repris à leur compte un archétype positif de la common law et un autre, négatif celui-là, de la tradition romaniste [...]. (GAUDREAU-DESBIENS, 2013, p. 258-259).

atenderia às necessidades contingenciais econômicas do mundo globalizado, no qual as relações empresariais estão sempre em constante transformação, demandando rapidez e mais lucratividade. Contra os valores da modernidade (generalidade, racionalidade, planificação, funcionalidade), um novo direito pós-moderno reivindica o “particularismo”: ao sistema contrapõe o caso; à hetero-regulação, a auto-regulação; ao funcional, o lúdico; ao objetivo, o subjetivo (HESPANHA, 2005). Através da influência do Banco Mundial e da competitividade jurídica que se instala internacionalmente, pela qual os países procuram se tornar mais atrativos juridicamente aos olhos dos investidores, ocorre o que Hespanha (2012) alerta acerca do Direito na economia neoliberal: a desregulação legislativa, a casuística e, por fim, a ampliação, no âmbito do mercado, da liberdade de resolução de lides conforme a vontade das partes envolvidas, isto é, a privatização do direito. Alimenta-se, portando, a ideia de que um Estado regulador é inadequado à evolução do mercado global (HESPANHA, 2012).

### 3 O Realismo jurídico

Para o positivismo jurídico em sentido estrito, a validade de uma norma não depende de sua eficácia. Há, porém, uma corrente positivista em sentido amplo questiona a norma a partir de sua eficácia: o Realismo Jurídico. Para tal corrente, o direito consiste em uma realidade social que deve ser aplicada, isto é, deve ser eficaz. Aquilo que não é aplicado e reconhecido socialmente através da aplicabilidade não é direito. Desta forma, para os realistas, “é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade” (BOBBIO, 1995, p. 142).

Diferentemente dos positivistas em sentido estrito, que encaram o direito a partir de um dever ser, ou seja, consideram o direito apenas como uma realidade normativa, os realistas consideram o direito como ser, como uma realidade factual.

A escola realista tem origem nos Estados Unidos da primeira metade do século XX. O precursor de tal movimento, juiz da Suprema Corte estadunidense por 30 anos entre 1902 e 1932, Oliver Wendell Holmes Jr., acreditava que o direito estaria relacionado mais à experiência do que à lógica. Segundo esse autor, a moral e a política dominante, as instituições policiais e os próprios juízes determinam as leis às quais serão submetidos os homens, muito mais do que os silogismos. O direito personifica a história de uma nação: não são axiomas de um livro de matemática.

A vida da lei não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas do tempo, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições da política pública, permitidas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, tiveram muito mais a ver do que o silogismo na determinação das regras pelo qual os homens deveriam ser governados. A lei incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática.<sup>6</sup> (HOLMES, 2011, p. 5, tradução nossa).

O realismo pode ser considerado como um movimento antiformalista, que compreende o direito como produto de criação judicial, dinâmico, constantemente revisável. Promove, conseqüentemente, uma crítica à ideia de um direito objetivo e obediente a um padrão lógico, pautado na segurança jurídica. Assim, para os realistas, “o importante é o que fazem os juízes e não o que dizem que fazem” (JORGE, 2012, p. 15). O direito é aquilo que é, de fato, reconhecido e realizado pelos juízes.

Para Jerome Frank, assim como para os demais realistas, a certeza jurídica é um mito, uma vez que o Direito é criação constante, isto é, é sobretudo decisão. Até então, diz Frank, o direito se baseou na ilusão infantil de que a lei é previsível, causada pela busca de uma certeza oriunda de um universo controlado por um pai: “The essence of the basic legal myth or illusion is that law can be entirely predictable. Back of this illusion is the childish desire to have a fixed father-controlled universe, free of chance and error due to human fallibility.” (FRANK, 1935, p. 34). Para Frank, é preciso que o juiz tome consciência da irracionalidade do modo de produção de leis: as decisões não podem ser justificadas, são sempre irracionais, desobedientes a um pretense silogismo. A fundamentação das decisões é uma tentativa de racionalizar tal processo (JORGE, 2012).

Karl Llewellyn, outro realista, acredita que “o juiz primeiro chega a um resultado para então buscar razões legais de sua decisão” (JORGE, 2012, p. 16). O Direito é um conjunto de procedimentos de criação, interpretação e aplicação de normas, voltado para a realização dos valores que o juiz depreende da norma, como “justiça”, “bem comum”, etc, levando em conta a realidade social, procurando, sempre, atualizar o direito (JORGE, 2012, p. 33).

Segundo Bobbio (2001), o realismo jurídico tem a preocupação voltada para a eficácia, ao invés da justiça ou da validade, fazendo frente tanto contra o jusnaturalismo quanto como

<sup>6</sup> “The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, allowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.” (HOLMES, 2011, p. 5).

contra o positivismo em sentido estrito. Ao lado da Escola Histórica e Sociológica do direito, o Realismo foi uma das mais importantes expressões do pensamento jurídico do século XIX contra o formalismo.

Tendo o realismo a característica das escolas sociológicas de conferir grande importância aos magistrados, tal escola atribui ao juiz a competência para dizer qual norma é válida (BOBBIO, 2001).

O realismo jurídico proporcionou tal abordagem que visa apenas as questões “práticas” do direito. Segundo Holmes (1897 *apud* DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 12), “Se olharmos as coisas do ponto de vista do litigante, observamos que ele não se importaria menos com grandes teorias. O que ele quer saber é o que os tribunais de Massachussets ou da Inglaterra decidirão em relação ao caso dele<sup>7</sup>”.

#### 4 Realismo jurídico, *Law and Economics* e a alteração de paradigmas na *Civil Law*

Para os autores Kirat e Deffains (2001), o realismo jurídico de juristas como Holmes influenciou diretamente a abordagem da Escola do Direito Econômico (*Law and Economics*), que ganhou destaque nos Estados Unidos dos anos 60, sobretudo no que diz respeito à avaliação econômica do direito. A ideia principal busca proporcionar um método aos juristas que fundamentem suas decisões no sentido de avaliar as consequências da aplicação das leis e sugerir mudanças legislativas nos casos em que as leis não cumpram os objetivos desejados. “Concebido desta maneira, o movimento de Direito e Economia é o último desenvolvimento do realismo jurídico”<sup>8</sup> (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 12, tradução nossa).

Nos últimos vinte anos, com a expansão da globalização e sua necessidade de uma linguagem universal que destrua as barreiras ao desenvolvimento do mercado, os instrumentos jurídicos do sistema anglo-saxônico se difundiram – ou foram impostos – nos países adotantes da tradição *civil law*, em decorrência da exigência de adaptação às demandas da economia mundial.

A maior observação que podemos fazer hoje é que ao longo dos últimos vinte anos um certo número de instrumentos legais, normas e técnicas contratuais normalmente inventadas no contexto anglo-saxônico tem sido impostas nos

<sup>7</sup> “if we look at things from the point of view of the litigant, we observe that he could not care less about great theories. What he wants to know is what the courts of Massachussets or of England will decide regarding his case”. (HOLMES, 1897 *apud* DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 12).

<sup>8</sup> “Conceived of in this way, the movement of Law and Economics is the ultimate development of legal realism.” (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 12).

países de *civil law* e parecem se disseminar em todos os países industrializados no despertar da globalização. A introdução e a competição dessas novas leis então altera o ambiente legal nacional. Mas ao receber essas novas regras, os Estados têm se tornado “tomadores de leis” (ainda que as regras não sejam normalmente aceitas tal como se impõem). Parece que ao receber tais novas leis, as instituições nacionais e as leis estão se adaptando às demandas da economia global.<sup>9</sup> (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 13-14, tradução nossa).

Há, não se pode negar, uma competição, nos âmbitos nacional e internacional, entre os sistemas legais da tradição romano-germânica e de *common law*. Deffains e Kirat (2001) indicam que tal processo competitivo interessa, principalmente, para as áreas de direito relativas ao mercado financeiro e empresarial em geral, falando-se, inclusive, em uma americanização crescente do direito europeu.

Segundo os autores, os sistemas jurídicos dominantes acabam sendo exportados para os países que sofrem dominação cultural e econômica, visando-se a adaptação dos mercados desses países ao mercado global, transformando-se o direito em uma espécie de “serviço de mercado”, o que os leva a dizer que “*This interpretation suggests that actors on the market are becoming ‘law merchants’*”: os interesses públicos, contidos na questão da soberania nacional, estão sendo abandonados em nome de interesses privados de agentes do mercado.

Autores como Richard Posner, da Análise Econômica do Direito, procuram analisar os impactos das decisões sobre o cenário econômico, isto é, leem o direito sob o aspecto da eficiência. A *Law and Economics* criou um método eficientista que serve de linguagem global, isto é, que estabelece o método legal do *common law* como mais eficiente, que exponencializa a riqueza social.

O império da lei foi substituído pela normatividade dos fatos. A lei passa a ser concebida apenas em termos de instrumentalidade econômica. As ordens legais de todo o mundo se veem dependentes dos contextos econômicos para seu funcionamento.

É possível entender que a maior fonte de lei tem sido modificada. No modelo liberal, a lei, abstrata e geral, domina a esfera legal. A exceção reside no contrato cuja extrema flexibilidade é particularmente adequada ao desenvolvimento das trocas. No presente contexto, a lei é sempre onipresente mas é crescentemente negociável na medida em que aplicada como um contrato, enquanto o próprio contrato pode cumprir uma função reguladora (por exemplo, na área de controle de monopólios naturais). Tal observação nos leva a insistir nas mudanças que afetam o status e o papel do sistema legal.

<sup>9</sup> The major observation we can make today is that over the last twenty years a certain number of legal instruments, norms and contractual techniques often invented within the context of Anglo-Saxon law have been imposed in countries of civil law and these appear to be spreading to all industrialised countries in the wake of globalisation. The introduction and the competition of these new laws then alter the national legal environment. But by receiving these new rules the States have become “law takers” (even though the rules are not usually accepted as they stand). It would appear that by receiving these new laws, the national institutions and laws are adapting to the demands of the global economy. (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 13-14).

Mais precisamente, as regulações legais parecem ser um conjunto secundário incluído em um conjunto maior de mecanismos reguladores do sistema econômico<sup>10</sup>. (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 16-17, tradução nossa).

Se nos países de *civil law* os contratos tem a obrigatoriedade de estarem redigidos de acordo com as leis, nos países de *common law*, os contratos são realizados de acordo apenas com a vontade das partes envolvidas. A lei, nesse caso, serve apenas como meio de facilitar tal acordo ou cortar excessos (BROUSSEAU, 2001, p. 83).

Evidentemente, a percepção de contrato de cada sistema é diferente. Nos países anglo-saxônicos, principalmente nos Estados Unidos, o contrato é a base das relações sociais. Não é “natural”, nesses países, que o legislativo ou o judiciário interfiram nessas práticas: esses poderes devem, ao invés de regular, facilitar o livre arbítrio das partes acordantes. Tal compreensão advém do Iluminismo que fundamenta uma sociedade onde as liberdades convergem: “Consequentemente, nem o Estado nem um terceiro partido tem direito de avaliar o lugar dos livres contratantes, estejam eles certos ou errados de contratar ou transacionar como o fazem. Se presume que os contratantes são racionais.”<sup>11</sup> (BROUSSEAU, 2001, p. 89, tradução nossa). Racionais, os agentes do mercado não necessitam de regras externas: são capazes de estabelecer seus próprios limites.

A pretensa racionalidade da análise econômica do direito procura se valer dos métodos da economia para responder questões jurídicas, com o intuito de obter uma forma mais impessoal e objetiva respostas aos problemas jurídicos, em uma recusa de uma lógica própria para o direito.

Se a economia é o método adequado a algumas discussões sobre o direito, não é porque ela revela mais da realidade, mas porque seu método se mostra mais eficiente para fazer as pessoas chegarem a acordos racionais. Em outros termos, ela não substituiria a ponderação, mas a auxiliaria deixando os termos mais claros.

<sup>10</sup> “One consequently understands that the major source of law has been modified. In the liberal model, the law, being abstract and general, dominates the legal sphere. The exception lies in the contract whose extreme flexibility is particularly well suited to the development of exchanges. In the current context, the law is always omnipresent but it is increasingly negotiable so as to be applied as a contract whereas the contract itself can fulfil a regulatory function (e.g. in the area of the control of natural monopolies). Such an observation leads us to insist upon the changes affecting the status and the role of the legal system. More precisely, legal regulations seem to be a subset included in a wider set of regulatory mechanisms within the economic system.” (DEFFAINS; KIRAT, 2001, p. 16-17).

<sup>11</sup> “Consequently, neither the State, nor any third party is entitled to assess in the place of free contractors whether they are right or wrong to contract or to transact as they do. Contractors are supposed to be rational.” (BROUSSEAU, 2001, p. 89)

A corrente (ou pelo menos uma parte dela) da Análise Econômica do Direito (ou *Law and Economics*) coloca-se como a possibilidade de eficientizar o Direito a partir de uma perspectiva econômica, introjetada nas práticas jurídicas pelas promessas de, enfim, proporcionar um modelo de governabilidade aos moldes do mercado.

Atualmente, com a exacerbação da globalização e o anunciado fim dos limites da influência dos mercados nos confins do mundo, os demais autores da corrente defendem a aplicabilidade da teoria da *Law and Economics* no sistema de *civil law*, especialmente por conta da grande transformação à qual tem se submetido, uma libertação hermenêutica dos operadores do direito, que os torna livres para decidir conforme as alterações requeridas pelo contexto socioeconômico.

Embora a teoria da LaE tenha sido, originalmente, desenvolvida e aplicada em um contexto pós-realista norte-americano em que se questionava a atitude dos julgadores que, em meio à *common law*, intentavam resolver as demandas segundo critérios pessoais formadores da jurisprudência variada e que gerava incerteza jurídica às pessoas e às organizações, seus institutos podem ser plenamente aplicáveis à *civil law*. De fato, se na *common law* ocorreu a padronização em termos de normatização e positivação de um Direito pensado de forma racional conforme os ditames da Teoria Econômica, na *civil law* isto também é plenamente possível. Os grandes sistemas jurídicos estão em constante interação, de forma que, em países de *common law*, os *statutories* são presenças constantes enquanto que, nos sistemas codificados, proliferam processos hermenêutico-libertadores da práxis jurídico-legislativa restritiva que impede a liberdade de apreciação do fenômeno social. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 9, grifo nosso).

Tal pensamento procura se efetivar através de duas frentes: primeiramente, por vias legislativas, as quais adaptam o Direito às conjunturas econômicas, maleando as normas e tornando-as mais atrativas juridicamente para o desenvolvimento do mercado, e por via interpretativa, através de uma nova hermenêutica, pela qual o intérprete é autorizado a adequar a norma aos objetivos propostos. A economia neoliberal exige, agora em termos mundiais, que os sistemas jurídicos se adaptem às suas exigências.

Assim, em meio a essa interdisciplinaridade da práxis jurídico-legal, desponta, como possibilidade interessante de análise para o Direito a LaE, que se estrutura, ora como método interpretativo, ora como inerente à natureza economicista do próprio Direito. Em tempos de globalização e, segundo a atual ótica economicista neoliberalizante vigente dentro do sistema capitalista abrangente a muitos países alinhados em transações comerciais, em intercâmbio de culturas e em aproximações institucionais, fica evidente a necessidade de serem acompanhados os grandes movimentos jurídico-teóricos que, se não devem ser copiados de modelos já consagrados em grandes

potências como é o caso dos EUA, devem ser estudados para que seja possível entender a lógica econômico-jurídica que está inserida na praxis de governos, na lógica das organizações e dos próprios cidadãos desses países. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 9).

Assim, segundo Stelzer e Gonçalves (2014), o direito perde sua força “impositiva” e adota um padrão “persuasivo”, não “violento”, que se dirige a uma visão de homem em atenção à sua “individualidade” e a “alteridade”. Isso, claro, quando o mercado permite.

O padrão jurídico-normativo deixa, assim, de ser coercitivo para se tornar persuasivo, permitindo que – antes mesmo de ser mero controlador social – determine políticas econômico-sociais adequadas, ausente qualquer forma de imposição violenta. A mudança do paradigma jurídico-normativo deve refletir o amadurecimento do homem em atenção à individualidade e à alteridade da pessoa humana. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 12).

Os princípios éticos sobre os quais se constrói tal teoria, contudo, se amparam em teorias de caráter quase que puramente econômico, em uma tradição de longa data que se intensificou principalmente no século XX, com o surgimento de escolas jurídicas como o Realismo Jurídico e de escolas Econômicas, como a formada em Mont Pèlerin.

Posner explica que a Análise Econômica do Direito, com esse objetivo, procura explicar e prever o comportamento dos operadores do direito e também daqueles que são regulados pela lei. A ideia é melhorar a lei considerando-se que se pode apontar para possíveis consequências não desejadas em termos de eficiência econômica e de distribuição de riquezas. O impacto dessa nova perspectiva visa atingir as mais diversas áreas de regulação do direito, como direito ambiental e direito de família para além do próprio direito econômico, e tem sido “um significativo fator no movimento de desregulação e na ideologia de mercado livre em geral”<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> “The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not merely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to have influenced legal reform in a number of important areas. These areas include antitrust, the regulation of public utilities and common carriers, environmental regulation, the computation of damages in personal injury suits, the regulation of the securities markets, the federal sentencing guidelines, the division of property and the calculation of alimony in divorce cases, and the law governing investment by pension funds and other trustees, and to have been a significant factor in the deregulation movement and in free-market ideology generally. (POSNER, 1998, p. 2).” Em tradução nossa: “A análise econômica do direito não existe agora apenas nos Estados Unidos, mas também na Europa, que tem seu próprio florescimento de direito e economia, tem aspectos positivos (isto é, descritivos) e normativos. Ele tenta explicar e prever o comportamento dos participantes e pessoas reguladas pela lei. Ele também tenta melhorar a lei, apontando aspectos em que as leis existentes ou propostas têm consequências não intencionais ou indesejáveis, seja na eficiência econômica, seja na distribuição de renda e riqueza, ou em

Segundo Gérard Farjat (1971), o surgimento de tal direito econômico não afetou as estruturas jurídicas dos países de *common law*, tanto por conta de suas características gerais quanto pela flexibilidade dos seus principais conceitos. Nessa tradição, o direito se forma através dos procedimentos mesmos, caso a caso. Em razão de o direito existir muito mais em função de regras de processo formais do que propriamente por direitos materiais (em contraposição ao sistema romanista), a distinção entre direito público e direito privado é inexistente nessa tradição. Assim, o funcionamento de um direito econômico não encontrou barreiras materiais, incorporando-se ao sistema anglo-saxônico de maneira muito natural.

A flexibilidade da *common law* permitiu, conseqüentemente, a sua adaptação à evolução da sociedade capitalista. Não houve resistência, nesse sentido, aos avanços do direito concernente à industrialização, já que a liberdade de criação jurídica é muito grande.

Se discutimos na França a possibilidade de criar novos direitos reais, onde cuja lista se sustenta ser de ordem pública, a controvérsia não aparece nos países de *common law* porque a noção mesma de direito real é desconhecida. No sistema de *common law*, a liberdade dos empresários é bastante grande. À sua iniciativa econômica não se oferece apenas a liberdade contratual, mas uma liberdade de criação jurídica total na cobertura tanto no domínio das “obrigações” quanto nos de “propriedade”. A concentração do poder econômico não representa qualquer problema teórico.<sup>13</sup> (FARJAT, 1971, p. 303-304, tradução nossa).

Há, nesse sistema, uma liberdade contratual muito grande e, ainda, uma liberdade de criação de direito como um todo, que são de todo oportunas aos objetivos estabelecidos pelo relatório *Doing Business*.

## 5 Considerações finais

Pode-se concluir que há uma forte evidência da capacidade de influência do relatório do Banco Mundial sobre os aspectos jurídicos tradicionais da modernidade. O caso francês é

outros valores. Não é apenas uma torre de marfim, pelo menos nos Estados Unidos, onde se entende que o movimento da lei e da economia influenciou a reforma legal em várias áreas importantes. Estas áreas incluem antitruste, regulação de serviços públicos e transportadoras comuns, regulação ambiental, cálculo de danos em ações de ferimento pessoal, regulamentação dos mercados de valores mobiliários, diretrizes federais de sentença, divisão de propriedade e cálculo de pensão alimentícia em casos de divórcio, bem como a lei que regula o investimento por fundos de pensão e outros curadores e que tem sido um fator significativo no movimento de desregulamentação e na ideologia do mercado livre em geral”.

<sup>13</sup> “Si on discute, em France, de la possibilité de créer de nouveaux droits réels, dont Il a été soutenu que la liste en était d’ordre publique, la controverse ne saurait apparaître dans les pays de common law, puisque la notion même de droit réel est inconnue. Dans le système de la common law, la liberté des entrepreneurs est beaucoup plus grande. A leur initiative économique ne s’offre pas seulement la liberté contractuelle, mais une liberté de création juridique totale couvrant aussi bien le domaine des <<obligations>> que celui des <<biens>>. La concentration du pouvoir économique ne pose pas de problème théorique.” (FARJAT, 1971, p. 303-304).

paradigmático. O relatório *Doing Business* de 2004, que compara o *common law* com a *civil law*, conclui que o primeiro é mais apto a estabelecer uma relação favorável entre direito e economia, uma vez que menos rígido em termos jurídicos. Viu-se que, posteriormente, em 2009, em uma carta intitulada *Rapport sur les professions du droit*, Sarkozy enfatizou que os advogados franceses estariam em franca competição internacional devido à própria disputa entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*. A questão da eficiência jurídica passaria a ser um dos principais problemas a serem resolvidos pelo governo.

Por mais que afirme que a simples categorização de um sistema jurídico como sendo pertencente ao modo *common law* não torna o país em questão por si só eficiente, se reconhece, de maneira geral, que maior regulação implica também em maior ineficiência das instituições públicas, com menos investimentos e produtividade, o que se tornaria ainda mais evidente nos países mais pobres. Nesse sentido, o relatório recomenda que esses países não devam despende recursos com mais regulação, mas definindo e defendendo, sobretudo nas Cortes Supremas, os direitos de propriedade.

É bastante evidente que as políticas do Banco Mundial, ao criarem uma imagem negativa das tradições de direito civilista e ao afirmar a ineficiência dessa tradição diante das necessidades contingenciais econômicas do mundo globalizado, têm forte influência no que concerne ao estudo e a adoção de novos instrumentos jurídicos que tem capacidade de alterar a compreensão do que é e para o que serve o direito de uma maneira geral, e que atualmente implicam na alteração substancial principalmente dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica.

## 6 Referências

BANCO MUNDIAL. **Sobre o Projeto Doing Business**. Doing Business, 2016. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/about-us>>. Acesso em: 27 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BROUSSEAU, Eric. Did the common law biased the economics of contract...and may it change? In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Orgs.). **Law and Economics in Civil Law countries**. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. p. 79-105.

DEFFAINS, Bruno. Competition between legal systems: a comparative law and economics perspective. In: \_\_\_\_\_; KIRAT, Thierry (Orgs.). **Law and Economics in Civil Law countries**. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. p. 9-21.

FARJAT, Gérard. **Droit économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUE, Anne-Julia. **Is Law an Economic Contest?** French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law. *The American Journal Of Comparative Law*, Michigan, v. 57, p. 811-830, 2009.

FRANCE. Ministère de la Justice. **Rapport sur les professions du droit**. Paris, 2009. Disponível em: <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/rap\\_com\\_darrois\\_20090408.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf)>. Acesso em: 25 dez. 2016.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York: Tudor Publishing Company: 1935.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François. Une culture de droit mixte face à la mondialisation: de l'impacte de la multiplicité des langues et des traditions juridiques em droit québécois. In: CARVALHO, Evandro Menezes de; GREENSTEIN, Rosalind. **Integração normativa**: o direito em um contexto multicultural e multilíngue. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. Crítica e Possibilidades da Análise Econômica do Direito. In: **IV Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração**, 2014, Florianópolis. Disponível em: <<http://coloquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/ADE103.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The Common Law**. Toronto: University of Toronto Law School; Typographical Society: 2011.

JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo Jurídico e Hart**: um debate sobre a indeterminação do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

POSNER, Richard A. **Values and Consequences**: an introduction to economic analysis of Law. Chicago: University of Chicago, 1998. Disponível em: <[http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2016.

WORLD BANK. **Doing Business in 2004**: understanding regulation. Washington: Oxford University Press, 2004.

## ENTRE NOSSAS VEIAS ABERTAS: O PUNITIVISMO E AS ORIGENS BRASILEIRAS

*Matheus Hatschbach Machado\**  
*Vitor Pereira Pacheco\*\**

**Palavras-chave:** Punitivismo; Criminologia crítica; Crime; Punição.

**Resumo:** Nos anos de 1970, Eduardo Galeano defendia a especificidade das estruturas sociais da América Latina pelo legado de exploração, “as veias abertas”, grosso modo, seriam no contexto latino o resultado de instituições e relações sociais próprias do passado colonial. Diante das peculiaridades latino-americanas, é visto um movimento que expressa essa defasagem quando da análise criminológica da questão criminal naquele território. A partir das proposições de uma Criminologia terceiro mundo, expressando conceitos latino-americanos únicos, pretende-se o exame da origem da definição de punitivismo no Brasil, através de um exame que aplica o método dialético, possibilitando o diálogo com diversas áreas do saber. Diante de duas correntes predominantes na discussão criminológica brasileira – a primeira histórico-criminológica, de Nilo Batista, e a segunda teórico-crítico, de Juarez Cirino dos Santos – investiga-se as possíveis causas do sistema de justiça criminal brasileiro apresentar vícios tão severos. A partir da análise é nítido o resultado de que, apesar das correntes apresentarem diferenças pontuais, a relação não é de anulação de uma perante a outra, ao contrário, elas se somam numa perspectiva que faz concluir que as origens do punitivismo, na realidade brasileira, parte de um cenário de estimada desigualdade social, sob relações específicas do passado colonial e da escravidão.

**Key-words:** Punitivism; Critical Criminology; Crime; Punish.

**Abstract:** In the seventies, Eduardo Galeano defend the specific social structures from Latin America from the legacy of colonial exploration. “The open veins”, for short explanation, is the result in the Latin context of institutions and social relationships from colonial past. In front of

\* Estudante de História na Universidade Federal do Paraná e de Direito no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; É membro do Grupo de Pesquisa “Criminologia: cultura, violência e desigualdade” e do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM. Email: [matheushats@gmail.com](mailto:matheushats@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2729034634411361>.

\*\* Especializando em Direito Penal e Processo penal, no Centro de Estudos Jurídicos do Paraná; Bacharel em Direito no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Membro do Grupo de Pesquisa “Criminologia: cultura, violência e desigualdade” e do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM. Email: [vitorppacheco@gmail.com](mailto:vitorppacheco@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6171088497772579>.

these Latin-American specifics, an intellectual movement begin to express this feeling of lateness in the criminology analysis of the criminal problem. Starting from this point, the present article pretend to explain in short terms what are the concepts and the theories development for two of the most important authors for critical criminology, Nilo Batista and Juarez Cirino dos Santos. In addition, beyond from this concepts, clarify what are the specific situation from brazilian punitive, using the method dialectic through a criminology of third world. The two author, even with the respective distinction, help us to deduce the trait of colonial exploration and relations of slavery. In fact, this is explain our social iniquity and our form to punish those who are powerless.

### 1 INTRODUÇÃO

Em verdade, o que se acostumou chamar de “punitivismo”, carrega na América Latina, e, mais especificadamente, no Brasil, nuances que provocam continuidades e rupturas provenientes da nossa vivência concreta. Nesse mesmo período, muitos intelectuais latinos se dispuseram a analisar o poder punitivo, buscando qual seria a realidade presente nas formas de punir no contexto latino e como a criminologia deveria então analisar teoricamente a criminalidade. Autores como Rosa Del Olmo e Lola Aniyar de Castro foram alguns dos nomes que pensaram a criminologia nesses termos, ressignificando os núcleos teóricos estrangeiros.

No Brasil, que compõe nosso recorte, autores como Juarez Cirino dos Santos e Nilo Batista, munidos de uma formação marxista da Criminologia crítica, provinda dos dizeres de Alessandro Baratta, estiveram na desventura de analisar o punitivismo brasileiro, empresas árduas em um tempo em que o país era influenciado pelas reminiscências da ditadura militar. Nesse sentido, o presente estudo se dispõe a analisar estes autores, que expressam duas correntes diferentes da formação brasileira de uma Criminologia crítica, a fim de entender a construção do entendimento sobre o punitivismo no Brasil, apresentando, com isso, o compasso com o desenvolvimento criminológico latino-americano.

A primeira corrente a ser analisada detém um teor “histórico-criminológico”, exposta por uma escola carioca, através dos ensinamentos de Nilo Batista, que apresenta a relação do desenvolvimento da exploração da mão de obra escrava com as problemáticas contemporâneas da pena, na perspectiva brasileira, e a influência daqueles abusos com o resultado exposto no sistema de justiça criminal atual.

Já a segunda corrente, de caráter “teórico-crítica”, exprimida por Juarez Cirino dos Santos, demonstra a correlação, também do sistema de justiça criminal brasileiro, a partir de perspectiva de uma Criminologia radical, com os apontamentos marxistas sobre economia política. Assim, ainda que díspares, é perceptível a conexão das duas correntes entre a expansão do sistema penal e do encarceramento com a exploração da mão de obra de classes subalternas, arraigada numa sociedade massivamente desigual.

Deste modo, a partir da leitura das ideias dos dois teóricos brasileiros, e com base num desenvolvimento criminológico latino-americano único, é exposta a sistematização das origens, no contexto brasileiro, do punitivismo daquele território, que implica diretamente nas nossas formas de punir.

## 2 AMÉRICA LATINA E A CRIMINOLOGIA DE TERCEIRO MUNDO

Certo é que a América Latina se desenvolveu a custas de exploração de países maiores e mais influentes economicamente, dependendo do período. Tanto é correta a afirmação que Eduardo Galeano (2010), em “As veias abertas da América Latina”, apontou os traços do resultado de instituições e relações sociais próprias do passado colonial daquelas terras, que inexoravelmente imprimem em nossas realidades a marca de um passado sangrento. Diz Eduardo Galeano (2010), que a América Latina, frente ao mercado mundial, “nasceu para obedecê-lo” (GALEANO, 2010, p. 6), e que, negamo-nos a escutar as vozes que indicam que os sonhos daquele mercado são os pesadelos dos países que se submetem aos seus caprichos (GALEANO, 2010, p. 6), tais quais: os países da Latino América.

Conclui-se, assim, da leitura de Galeano (2010), que a América Latina é dotada de especificidades em suas estruturas sociais, pelo legado de constante exploração colonial, carregada de nuances que provocam continuidades e rupturas provenientes da nossa vivência concreta. Por óbvio, ao estudarmos a questão criminal e o poder punitivo na América Latina, se percebe o reflexo dessas especificidades latinas. Ao verificarmos o desenvolvimento das teorias criminológicas latino-americanas, não poderia ser diferente.

Como contam Codino e Carvalho (2015) que a construção do saber teórico criminológico, na América Latina, percorreu um caminho no sentido de denunciar as violências estruturais e institucionais que cometem aquelas terras (CODINO; CARVALHO, 2015, p. 22). Expressam que o desenvolvimento de uma criminologia latino-americana se deu:

Há mais de 40 anos era realizado evento de enorme transcendência para a criminologia da América Latina. A reunião de criminólogos europeus e latino-americanos na Venezuela, nos anos 70, com o objetivo de analisar a violência, marcou o início de uma nova etapa no desenvolvimento do pensamento criminológico regional. As investigações que se desdobraram logo após este encontro e que se realizaram durante décadas delinearão uma criminologia local, ou seja, de corte latino-americano, distinta daquela formulada nos países centrais: uma criminologia do terceiro mundo ou terceiro-mundista. (CODINO; CARVALHO, 2015, p. 22 e 23).

Segundo aqueles autores, a proposta de pensar a criminologia inserida na América Latina percorreu ideias de desenvolvimento de teorias criminológicas próprias ou de conotação diversa daquelas apresentadas nos territórios europeus (CODINO; CARVALHO, 2015, p. 23), porém, ainda ficou presa ao discurso criminológico daqueles países centrais.

No entanto, o que se relata, é que a propagação da criminologia latino-americana se deu mediante a proposições nunca analisadas pelos intelectuais europeus, visto a clara realidade diversa:

Nossos criminólogos se ocuparam dos elementos centrais da vida política latino-americana, que eram temas estranhos aos europeus. Entre eles, a ingerência do primeiro mundo nas guerras civis centro-americanas e a sua manipulação ideológica nos meios de comunicação, a doutrina de segurança nacional, a existência de modelos econômicos diversos no Primeiro e no Terceiro Mundos etc. Além disso, realizaram investigações sobre a violência na América Latina, sobre a criminalidade de colarinho branco e sobre a corrupção administrativa, cujo conteúdo foi examinado em seminários em distintos países. (CODINO; CARVALHO, 2015, p. 23).

Sendo assim, o discurso criminológico latino-americano, diante de um desenvolvimento manifestamente único, foi tocado por um fenômeno que modificou a correlação entre a realidade da América Latina frente aos paradoxos da questão criminal, qual seja: a criminologia crítica. Diz Andrade (2012), que o acolhimento das ideias da criminologia crítica, nos anos de 1970, na América Latina, fora um marco que abordou aspectos diferentes do discurso criminológico tradicional. Relata que:

A década de 70 marcou o campo criminológico latino-americano com a recepção da Criminologia crítica norte-americana e europeia, desenvolvida com base no paradigma da reação social ou controle social, processo que teve como pioneiros e dinâmicos cenários a Venezuela, onde surge, em 1974, em Maracaibo, o *Grupo latino-americano de Criminologia Comparada*, coordenado pelo Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia e pelo Centro de Criminologia da Universidade de Montreal (Canadá) então dirigidos, respectivamente, por Denis Szabo e L. Aniyar de Castro e cujo órgão de divulgação científica é, até hoje, a Revista *Capítulo criminológico*” (ANDRADE, 2012, p. 130 e 131).

Também expressa da mudança de paradigma, restou o desenvolvimento de definições únicas, que respaldam a importância do discurso criminológico latino-americano:

A recepção do paradigma da reação social e do criticismo aqui na periferia replicou e desenvolveu conceitos centrais, e, ao mesmo tempo, deu origem a constelação de novos conceitos para a disciplina (Criminologia da reação social, Criminologia da libertação, Criminologia radical, Criminologia de raízes, Criminologia dialética, realismo criminológico marginal, sociologia do controle penal etc.) que expressavam, precisamente, esse *etat de l'art*. (ANDRADE, 2012, p. 134).

Percebe-se que, a América Latina, nesse período, enfrentava um período marcado por ditaduras civil-militares, tais quais: Peru, em 1968, mediante a junta liderada pelo General Juan Velasco Alvarado; Chile, em 1973, conduzido por Augusto Pinochet; Uruguai, também em 1973, comandado por Juan María Bordaberry.

No Brasil, não foi diferente, em 1964. O cenário foi decisivo para os traços de uma produção jurídico-penal contestadora, a fim de quebrar com o “arbitrio e a truculência estatal” (ANDRADE, 2012, p. 132). Hoje, sabe-se da importância da discussão à época não tanto pela necessidade de desprendimento e superação dos paradigmas de uma microcriminologia<sup>1</sup> frente ao surgimento da Criminologia crítica de viés latino-americano, mas também pela constituição de bases autônomas.

### 3 A CORRENTE HISTÓRICO-CRIMINOLÓGICA DE NILO BATISTA

A fundação de uma criminologia crítica, amparada na transformação de um paradigma etiológico para um de reação social teve, principalmente, a atuação de duas personalidades. Em um primeiro momento, a obra de Juarez Cirino teve espaço, e tivemos a chance de estabelecer o punitivismo uma origem na dogmática crítica. Em paralelo ao polo no Paraná de Cirino, Nilo Batista compôs, juntamente de Vera Malaguti, o eixo histórico-crítico, como coloca Vera Andrade, fundado na História do Brasil e na História Social das ideias, de modo a construir uma Criminologia crítica de matriz materialista, na perspectiva historicizada na posição de colônia e de um capitalismo periférico e marginal. Tal corrente teve base institucional penal

<sup>1</sup> Aqui se faz referência ao conceito de microcriminologia, expressado por Muñoz Conde e Hassemer, quando da comparação entre as teorias criminológicas diante do paradigma da reação social. Os autores, em síntese, separam, diante daquele pretexto, uma microcriminologia (que seria o conjunto de todas as teorias criminológicas positivistas e biológicas) de uma macrocriminologia (que surgiria após a inserção da sociologia, de maneira ampla, nas discussões criminológicas, após o nascimento de uma Criminologia crítica). Ver. MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. Introdução à criminologia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

Universidade Candido Mendes e na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bem como no Instituto Carioca de Criminologia (ANDRADE, 2012, p. 137-138).

Notadamente, este eixo de produção acadêmica teve seu principalmente difusor pela revista *Discursos Sediciosos*, além da coleção *Pensamento Criminológico*, de tal forma a consolidar a crítica do sistema penal. Dado os limites do atual trabalho, nos pautaremos em específico na obra de Nilo Batista, buscando, portanto, a que origens são atribuídas, no caso brasileiro, a formação de nosso punitivismo. A ênfase pelo viés histórico, todavia, não é ocasional. Trata-se de vincular a recepção de ideias estrangeiras às peculiaridades materiais de nosso contexto. Mais que isso, em contraposição a uma apropriação de conceitos e ideias europeias, e que permearam a criminologia e a política criminal brasileiras, formando o que se acostumou-se a chamar de positivismo, mais especificamente pela antropologia criminal. Nesse mesmo sentido, haveria a necessidade de se pautar uma crítica às ciências penais. Mais que uma crítica, que poderia cair em um âmbito vago e difuso, mas sim uma crítica criminológica de um garantismo pautado historicamente, materialmente compreensível pela realidade latina, sistematicamente pautada pela violação de direitos humanos.

É preciso, para tanto, se voltar a aspectos preponderantes ao ambiente brasileiro, para que fosse então apreensível o punitivismo atual e suas origens. Em 2006, Nilo publica um artigo em que estas nuances se abrem. É pela análise da “Pena pública e escravismo” (BATISTA, 2007) que temos um vislumbre de como se entende o punitivismo para o autor. Como forma conivente ao ambiente colonial, o sistema escravista guarda particular relação com o tratamento da questão criminal e consequentemente da forma de punir presente nas relações atuais, ou seja, seria então este modelo uma das chaves para compreender certas nuances e resquícios que, a despeito do tempo, resistiram por entre as relações de punição contemporâneas.

Tais nuances, é bom que se afirme, carregam um paradigma muito influenciado por Rusche e Kirchheimer, na obra clássica *punição e estrutura social*, em que Nilo Batista busca dentre o modelo escravista correlações as penas públicas, entendidas como contrapostas as penas privadas, geridas pelo poder proprietário dos senhores de escravos. Essa dualidade marcante como raiz material dos discursos jurídicos pretensamente liberais do período infere também analisar as divergências entre o tratamento dos crimes cometidos por escravos entre um período e outro. Assim, como coloca o autor:

Estas sístoles e diástoles referendam a fecunda lição de Rusche: ‘todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem a suas relações de produção’. O escravismo colonial vive suas contradições: a inevitável corporalidade de suas intervenções penais (tronco, libambo, golinha,

palmatória, açoites, mutilações) tem o sentido geral de preservar a força de trabalho adquirida; mas o lesa-majestade escravista, o atentado contra o senhor, seus familiares ou feitores, sugere o desemprego e a morte, ainda que na razão direta da oferta disponível no mercado de escravos (BATISTA, 2007, p. 42).

Como aspecto ambíguo da natureza do escravo perante o ordenamento jurídico, sua pena acaba por, na relação estabelecida na citação que acima transcrevemos, condicionar-se pelo mercado. Em outras palavras, o escravo, como tendo sua natureza jurídica por vezes como mercadoria fora da ordem constitucional e conseqüentemente fora da cidadania, por outras como indivíduo passível de punições, acaba por ocupar espaço peculiar dentre as racionalizações jurídicas do período. Em tempos de comércio ativo e abundante de escravos, as penas capitais, de “desemprego pela morte”, eram mais aplicadas. Jornais em seus textos opinativos exprimiam o tratamento duro e o ódio dado aos escravos, consubstanciado a posição dos juizes pela opção de tal pena. Ao contrário, em períodos posteriores do século XIX, com o tráfico externo proibido, e as movimentações internas dos escravos restantes sendo o último manancial substancial dessa mão de obra, as penas se invertem, e os castigos corporais tendem a predominar, na medida de não afetar o potencial produtivo daquele indivíduo escravizado. Os açoites, portanto, se engendraram como pena preferida a estes indivíduos, sendo as feridas tratadas o mais rápido possível, de modo a não atrapalhar a volta a produção (BATISTA, 2007, p. 44).

Em verdade, é preciso compreender a situação penal do escravo como dentre uma disputa entre uma pena pública, ou seja, um poder punitivo estatal que ao período estava a se formar burocraticamente, e um poder punitivo privado, dentro dos limites dos senhores de escravos. É óbvio que também precisamos contextualizar as considerações de Batista, ao ponderar que as situações escrava tinha nuances mais matizadas do apenas a pura subjugação do cativo. Estes escravos também tinham, dentre suas relações com as senhoras, formas de agência escrava de modo a atenuar sua condição de vida. Sua constituição da família e os laços que porventura tivessem com a população livre matizavam o cotidiano destes indivíduos escravizados. Apesar disso, tampouco esta constatação contraria os discursos jurídicos-penais que trouxeram do modo de produção escravista a tendência de um direito penal brasileiro, cuja repercussão atinge, como defende Batista, até os dias de hoje (BATISTA, 2007, p. 59).

As ambigüidades que trouxemos acima continham outras questões que merecem menção. A pena de açoite era, dentre as penas cabíveis ao escravo criminoso, a que julgavam os juristas a mais eficaz. É preciso entender que para estes juristas, e não apenas estes, sendo

uma espécie de senso comum dos discursos da época, o castigo físico era a única forma de retribuir e causar sofrimento suficiente para que não voltasse o escravo a delinquir. Como coloca Batista, parte da influência de Bentham nos trópicos foi a constatação de que para aqueles lidos socialmente como negros, a pena deveria ser feita com mais intensidade.

Vejam, portanto, com mais afinco este detalhe. Conhecidamente, Bentham tinha em sua gênese teórica como que uma régua para sentimentos de dor e prazer. Para o autor, a pena tinha um caráter utilitarista, ou seja, de ser suficientemente dolorosa a ponto do indivíduo, marcado por hipotético senso ininterrupto de racionalidade, fizesse a ponderação entre o prazer do delito, e a dor da pena, de modo a desestimular a prática do delito. A pena dos trabalhos forçados, nessa linha de raciocínio, era em verdade mais benéfica aos escravos do que sua rotina de labor, o que, no discurso destes juristas, era um incentivo a prática dos crimes, haja vista o benefício de uma rotina mais amena de trabalho pela condenação penal da encontrada no cativeiro. Além disso, eram vários os discursos de que a pena das galés eram, em verdade, como que uma apropriação do trabalho que uma vez antes era monopólio do senhor. Disso se extrai as falas dos deputados que pronunciavam a pena das galés como uma pena mais sofrida e dolorosa ao senhor do que ao escravo (BATISTA, 2007, p. 48-50).

Os açoites seriam então a forma mais “adequada” para punir nestes casos, embora mesmo nestes a pena não era inteiramente pública. Os senhores ficavam encarregados de trazer aos ferros todos os dias os escravos para receber a dose diária da pena, muitas vezes aplicadas em demasiada quantidade que os apenados acabavam por não resistir. Parte disso era em virtude da lei mesmo não fixar um máximo de açoites, apesar do aviso número 365, de 10/06/1861, de que açoites em quantidade maior de duzentas tinham conseqüências funestas ao apenado, o que era facilmente desconsiderado pela situação a margem de qualquer cidadania da população cativa, ou seja, sem que estes tivessem qualquer reserva legal a seu favor (BATISTA, 2007, p. 48).

Estas punições, novamente é preciso reafirmar, eram freadas pelos possíveis danos ao potencial produtivo do escravo, de modo que fica “muito evidente que esta dinâmica punitiva se preocupa, antes de mais nada, com a conservação útil do escravo, com sua rápida reposição nos trabalhos do eito, reforçando a autoridade senhorial que se comunica com a pública, por delegação legal desta, na gestão da execução penal” (BATISTA, 2007, p. 49). Estas práticas privadas eram o substrato material das elucubrações jurídicas, e mais que isso, das adaptações do direito penal liberal ao sistema autoritário e escravista presente no contexto brasileiro. Se voltarmos a Bentham, veremos exatamente este ponto. Se, como já dissemos, a pena deveria

ser a pior escolha, por ela se entendiam também a desigualdade desses parâmetros para os diferentes apenados. Além de estabelecer que alguém sem liberdade não seria reformado moralmente pelas galés, conclusão que limitava o debate jurídico-penal apenas entre a pena de morte ou da tortura, as contribuições teóricas do período já pareciam acenar ao positivismo antropológico da escola italiana. Afirmavam, assim, que a pena aplicada a um branco deveria ser diferente da aplicada a um negro, seja livre ou cativo, pela própria resistência a dor que ambos deteriam. Como resume Batista, “no lombo dos escravos, um tapinha não dói, e quando a fêrula de Bastos arrancava-lhes a sola dos pés, não existia objetivamente o sofrimento que os delicados sentidos dos brancos poderiam sugerir” (BATISTA, 2007, p. 51). Legalmente instituído tal parâmetro, o artigo 19 do Código imperial afirmava: “Influirá também na agravação ou atenuação do crime a sensibilidade do ofendido”.

Em verdade, esta questão é parte de uma problemática central do século XIX, a que Nilo percebe dentre a questão escrava. Ou seja, a contradição que aparenta as instituições brasileiras com sua realidade material. De um lado, a importação de conceitos e ideias da Europa, de matriz liberal; e, por outro, dessa convivência com uma estrutura extremamente autoritária e violenta, perpassada por práticas privatistas de justiça e pelo modo de produção escravista. A solução prática dessa questão vem pela adequação da cidadania ao estado do escravo enquanto indivíduo. Este ficava, portanto, excluído da categoria de cidadão, juntamente das possíveis garantias que lhe fossem devidas. Até mesmo por isso, a libertação do cativo por impímia, teoricamente ao negro liberto, a nova identidade de cidadão, já que a constituição do império não previa qualquer restrição em virtude da cor dos indivíduos livres. Essa realidade, e neste ponto vamos além das considerações de Batista, era contraposta pelo racismo enraizado na sociedade. Se por um lado não havia restrições legais ao negro livre, este era constantemente rebaixado e ameaçado pela reescravização, ou seja, as práticas privadas davam conta dos processos de exclusão e marginalização desses homens e mulheres uma vez marcados pela escravidão.

Apesar de não trabalhar estas reflexões, Batista converge ao afirmar que tais relações privadas criaram uma certa teoria combinatória da pena, em que o retribucionismo se acentuava a medida que a punição preventista parecia dispensável e vice-versa. Justamente por essa dualidade, o autor enxerga um profundo autoritarismo na aplicação da pena, que não encontra limites, seja pela retribuição, seja pela prevenção, de modo a permitir sempre uma legitimação do porquê punir determinados indivíduos (BATISTA, 2007, p. 52).

Por fim, a importância dessas reflexões para entender o punitivismo brasileiro pode ser entendida pelo aviso de Batista ao afirmar que é preciso contextualizar as raízes epistemológicas de um direito penal brasileiro, ou seja, compreender como nossos doutrinadores foram disciplinados na matéria por meios de raciocínios inerentes a nossa relação autoritária na questão criminal. Como magistralmente pontua Nilo Batista,

por mais que nos fira o narcisismo, temos que estar preparados para acreditar que os penalistas dos quais descendemos talvez tenham aprendido a falar de proporcionalidade com o barão de Pati do Alferes – ‘o castigo deve ser proporcional ao delito’ – e talvez tenham aprendido a superstição dos efeitos preventivo-penais da ‘pronta e inevitável aplicação dos castigos’ com o fazendeiro Taunay, e não com Beccaria (BATISTA, 2007, p. 59).

Nessa afirmação, Batista não só nos dá uma breve reflexão sobre a pena estatal e a punição privada, mas em verdade nos fornece a base para começarmos a entender como o punitivismo, entendido aqui em uma aproximação com a forma pela qual punimos e perseguimos certos estratos sociais em prejuízo de outros.

Em outro livro clássico é possível identificar como, para Nilo Batista (1990), se configuram o punitivismo atual. Embora o livro seja da década de 1990, defendemos que sua composição ainda guarda particular atualidade perante a questão criminal brasileira, mesmo que não perpassa elementos que hoje compõe nosso cenário, como por exemplo as organizações criminosas. Pensando uma progressão desde o cenário desenvolvido pelo autor no período escravocrata, a transição para a república é construída pela permanência das práticas ilegais, porém constitutivas, das relações entre as instituições e os operadores da repressão. À causa negra e ao racismo somam-se as relações de trabalho da primeira república, momento em que os movimentos operários começaram a se organizar. A partir disso, o aparato penal serve, agora com a abolição da escravatura, com ênfase ainda maior dentro das relações privadas. Clarifiquemos: embora o poder privado dos senhores tenha sido abolido, suas influências e as necessidades de controle sobre a população uma vez agora liberta, bem como aos trabalhadores como um todo, é ainda mais vinculada ao aparato de repressão estatal, sem que entremos na discussão sobre o coronelismo, argumento central da obra clássica de Victor Nunes Leal.

De todo modo, voltando às considerações de Batista, a chave das relações de trabalho é preponderante, a ponto de dar sentido ao título do livro, *punidos e mal pagos*. O autor estabelece duas perspectivas na intersecção entre capitalismo e sistema penal. Na primeira delas, para garantir mão de obra barata, reduzindo ou aumentando os contingentes populacionais dentre a classe trabalhadora. Por outro, impedindo a cessação do trabalho. Fazendo este paralelo entre os demais ordenamentos dos países centrais, o autor credita ao

Brasil a mesma trajetória. No código de 1890, o art. 399 punia a vadiagem, bem a greve, no art. 206. Ou seja, “não trabalhar é ilícito, parar de trabalhar também. Em suma punidos e mal pagos” (BATISTA, 1990, p. 36).

Durante a ditadura militar, tampouco o cenário se alterava. Mudavam-se as expressões, porém somente na redemocratização é que a greve teria seu direito garantido constitucionalmente. Todavia, sua descrição ainda dava espaço para as criminalizações. Diz o artigo 9, parágrafo segundo, “os abuso sujeitam os responsáveis às penas da lei”, o que, segundo o autor, é uma descrição supérflua e infeliz, já que todo abuso de direito tem sanções jurídicas, mas a menção específica já é demonstração de uma criminalização particular da greve, apesar de qualquer direito democrático que se pretendia na ocasião, além de que toda a regulamentação da greve no Brasil sempre foi de forma restritiva, tratando da greve senão pela repressão (BATISTA, 1990, p. 37). Toda esta questão criminal, ou seja, que entrelaça as relações de trabalho com a vulnerabilidade perante o sistema penal é sintetizado pela seletividade das criminalizações, que aproveita desses diferenciais de poder econômico para subjugar determinados estratos e legitimar a punição. Como bem resume Batista,

quando alguém fala que o Brasil é ‘o país da impunidade’, está generalizando a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros- do escravismo colonial ao capitalismo selvagem- a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sem que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupro, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos *ou* mal pagos). Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir salário, porque a polícia prende e arrebeta (punidos e mal pagos) (BATISTA, 1990, p. 39).

De todo modo, Batista deixa claro a função de preservação de estruturas de poder dentro o sistema penal, entre os delinquentes, estas classes que de fato praticam *delitos*, e aqueles outros grupos, que praticam *ilícitos*, partes de uma “delinquência dourada” que dentro duas situações, tem por diferente seu destino frente a criminalização dos chamados crimes de colarinho azul. O primeiro caso dentro a distância do desviante e o delituoso existe a representação da comunidade de que aquele fato é uma corrupção desaprovada enfaticamente, embora o autor escape depois por construções legais. A segunda, o fato é realmente delituoso, mas a sensibilização do sistema penal é ineficaz e não é imputada qualquer punição (BATISTA, 1990, p. 45). Essa feição é parte da conclusão de Batista sobre a questão criminal e sobre as

nuances do punitivismo brasileiro, dotado de particularidades de um direito penal que muito mais que liberal, tem uma raiz fortemente marcada pela escravidão.

#### 4 A CORRENTE TEÓRICO-CRÍTICA DE JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

No sentido de desenvolver uma dogmática crítica, Juarez Cirino dos Santos, comprometeu-se com a “continuidade, divulgação e construção de uma teoria materialista do crime, do desvio e do controle social” (ANDRADE, 2012, p. 137). Desenvolvendo uma Criminologia marxista, Juarez Cirino dos Santos, colocou em cheque pontos de políticas criminais neoliberais, tal como a constante crítica a grande onda encarceradora no Brasil, e teve seu desenvolvimento institucional no Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), em Curitiba, Paraná.

A partir dos fundamentos de uma Criminologia radical, Cirino dos Santos restabelece o cerne da discussão marxista, perante as instituições de justiça criminal inseridas no sistema capitalista. Expressa que a,

A Criminologia Radical (ou Crítica) nasce da mudança da abordagem do autor para uma abordagem das condições objetivas, estruturais e institucionais da sociedade capitalista, com o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas (biológicas, psicológicas, sociológicas) do comportamento criminoso para os mecanismos de controle social do crime e da criminalidade: as definições legais de crime e o processo de criminalização (CIRINO DOS SANTOS, 2015, p. 1).

E a importância da retomada de um discurso criminológico pautado da relação social-econômica, segundo o teórico, serviria de base para uma análise de um espectro de descaso perante o péssimo funcionamento da justiça criminal latino-americana; brasileira. Defendeu a essencialidade da observação as especificidades do sistema de justiça criminal daquele território, visto que, acredita, por decorrência do expansionismo capitalista (ANDRADE, 2012, p. 134),

[...] impõe à América Latina o consumo de teorias importadas, em todas as ciências sociais, mas, especialmente, nas ‘ciências’ do controle social e do crime, como as criminologias positivistas biológicas, etológicas, psicológicas, psiquiátricas, genéticas, sociológicas, e fenomenológicas, e sua condensação em Códigos Penais, com suas políticas criminais literalmente transplantadas dos países imperialistas, como cópias de suas legislações. (CIRINO DOS SANTOS, 1984, p.71).

Assim, com o desligamento das proposições iniciantes europeias, Cirino dos Santos atentou para a inserção da questão criminal a estrutura de produção capitalista, de teses marxistas, aproximando as temáticas de justiça criminal das enunciações de economia política

apresentadas por Marx (CIRINO DOS SANTOS, 2015, p. 2). Diante de seus apontamentos, podemos estabelecer uma conexão entre a origem do punitivismo brasileiro a condição dominante de determinada classe econômica sob outra, visto o comprometimento do Direito e do Estado em garantir condições materiais e políticas às classes dominantes, conforme defende o teórico que,

[...] as classes que dominam o poder material dominam a produção das formas ideológicas, jurídicas e políticas de controle social – ou seja, se a disposição dos meios de produção material assegura a disposição dos meios de produção intelectual –, então o Direito e o Estado estão comprometidos com a instituição e garantia das condições materiais do poder econômico e do poder político das classes dominantes. (CIRINO DOS SANTOS, 2015, p.2).

Por óbvio, depreende-se que a produção de Marx não se deu na ceara da justiça criminal, porém, fácil se compreender a insistência de Cirino dos Santos em retomar a Economia Política de Marx, para analisar a questão criminal. Isso porque, sabe-se que quando Cirino dos Santos estabelece a relação entre marxismo e a criminologia, não está buscando diretas referências às temáticas de criminalidade e violência nos textos de Marx, mas sim, utilizar o método daquele autor (GIAMBERARDINO, 2012, p. 222).

No entanto, de leituras adversas, entende-se a correlação entre os ditos de Marx, com uma teoria dogmático-crítica. Percebe-se isso, quando, por exemplo, acompanha-se o expressado por Melossi, que acredita que, “o uso da violência do Estado e portanto do direito penal e da pena [...] é analisado por Marx na função que desenvolve a fim de garantir o controle da força de trabalho e portanto da extração de mais-valia, da exploração” (MELOSSI, 2000, p.324).

Assim, partindo desses pressupostos, Cirino dos Santos, diante da sujeição inevitável a uma Criminologia radical, abriu caminho para a releitura de conceitos tanto criminológicos, quanto dogmáticos penais, principalmente no âmbito da culpabilidade (GIAMBERARDINO, 2012, p. 233). Por fim, sabe-se que, a releitura que Cirino dos Santos faz do marxismo é fundamental para se entender que a causa do punitivismo está na configuração de um sistema de justiça criminal que se

[...] origina no processo de acumulação primitiva do capital, na transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista. A ruptura violenta das condições de vida dos camponeses – expropriados dos meios de produção e expulsos das terras feudais, mas desprovidos da disciplina necessária para o trabalho assalariado na manufatura ou na indústria incipiente – determina a formação de bandos de famintos, mendigos, vagabundos e ladrões, explicável pelas transformações históricas objetivas do modo de produção. (CIRINO DOS SANTOS, 2015, p. 3 e 4).

Sendo assim, o sistema de justiça criminal brasileiro, na configuração que é posta na atualidade, funciona, conforme as ideias de Cirino dos Santos, para proteção da propriedade e para controle das classes tidas como perigosas, definidas pelo teórico como “criminosos voluntários”, as quais condutas seriam colocadas como de decisões pessoais (CIRINO DOS SANTOS, 2015). Como resultado daquele tipo de política, percebe-se o nascimento de uma legislação penal controladora e repressiva, destinada ao povo excluído do mercado de trabalho, para disciplina dessa massa marginalizada (CIRINO DOS SANTOS, 2015, p. 4).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos anos de 1970, Eduardo Galeano defendia a especificidade das estruturas sociais da América Latina pelo legado da exploração colonial, “as veias abertas”, grosso modo, seriam no contexto latino o resultado de instituições e relações sociais próprias do passado colonial, que inexoravelmente imprimem em nossas realidades a marca de um passado sangrento. A despeito das possíveis críticas a respeito da obra, o que nos importa são as peculiaridades da realidade latina nas estruturas sociais. Se de fato estas relações possuem uma natureza distinta, os mecanismos e as instituições que punem seguem essa tendência. Nesse sentido, nosso estudo se dispôs a analisar estes autores que construíram o entendimento sobre o punitivismo brasileiro. Mais do que isso, tratou-se de compreender como estas narrativas atribuíram motivos para a expansão do sistema penal e do encarceramento. Tanto Nilo Batista como Juarez Cirino dos Santos foram apenas o início de uma muito proveitosa aplicação de pressupostos marxistas a realidade do capitalismo marginal do Brasil. A partir de suas considerações, uma série de pesquisadores se destinaram a entender a questão criminal pela realidade brasileira, marcada por autoritarismos de várias fontes.

Uma destas, como se pode ver por entre as considerações de Nilo Batista, eram as relações privadas inerentes ao poder punitivo na escravidão. Neste ponto, foi possível identificar na leitura do autor uma ampliação do termo. Não apenas deveríamos considerar o aparato do Estado, que pune e persegue os indivíduos mais vulneráveis ao seu alcance, mas bem como as ingerências de potentados locais, dentre uma estrutura que permitia e deixava espaço para a atuação dos senhores de escravos, em uma interferência mútua entre as práticas privadas de punição, ou seja, da participação das elites locais na execução da pena, bem como, do outro lado, de elucubrações jurídicas correspondentes as necessidades que a escravidão como modelo de produção, e para além disso, como modelo de dominação, determinavam na

sociedade. Uma vez abolida, estas práticas inerentes as estruturas penais não se alteraram. Muito pelo contrário, se enraizaram cada vez mais no imaginário social que alicerçou a punição da classe trabalhadora. Não havia, portanto, escapatória. Na negação do trabalho, havia a punição, e se, por outro lado, se sujeitava-se ao trabalho, a própria máquina penal auxiliava a influenciar a oferta de mão de obra, ou seja, *punidos ou mal pagos*.

Por outro lado, Cirino é pioneiro em desmistificar a dogmática de um véu etéreo que a retórica penalista acaba por encenar. As relações de produção e a seletividade de uma criminalização escancaravam o direito como ferramenta de preservação das estruturas de poder, na dominação de uma classe pela outra. Assim, a distribuição da punição pela sociedade se fazia e ainda faz de maneira desigual, dentre a desigualdade das relações econômicas. Tais relações, portanto, indicam a ênfase de um controle social estatal na perspectiva de proteção das classes abastadas, em que a propriedade se torna o foco da proteção penal, em detrimento de crimes mais comuns as classes de colarinho branco.

De todo modo, as duas perspectivas, apesar de suas divergências, não se anulam. Em verdade, contribuem para um entendimento mais completo das estruturas de punição peculiares ao caso brasileiro, incitando a atual pesquisa se desdobrar aos demais autores latinos que se debruçaram sobre a questão criminal.

## 6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera. “Em Busca da Latinidade Criminológica: da recepção da criminologia crítica em América Latina à construção da(s) criminologias(s) crítica(s) latino-americana(s) e brasileira(s)”. In: ZILIO, J.; BOZZA, F. **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70 aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012, pp. 129-170.

BATISTA, Nilo. “Pena pública e escravidão”. In: NEDER, Gizlene (org.). **História & Direito**: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 27-62.

\_\_\_\_\_. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

CODINO, Rodrigo; CARVALHO, Salo de. Por uma outra criminologia do terceiro mundo: perspectivas da Criminologia Crítica do Sul. **Revista Liberdades**. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=243](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=243)> Acesso em 17 jun. 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Memorial criminológico – ou a necessidade de retomar Marx**. Disponível em <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Memorial-Criminolo%CC%81gico.pdf>> Acesso em 17 jun. 2017.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. 39ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. “Os passos de uma Criminologia marxista: revisão bibliográfica em homenagem a Juarez Cirino dos Santos”. In: ZILIO, J.; BOZZA, F. **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70 aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012, pp. 219-240.

MELOSSI, Dario. **Changing representations of the criminal**. British Journal of Criminology, v. 40, 2000, pp. 296-320.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER; Winfried. Introdução à criminologia. Riode Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

## GESTÃO E REGISTRO DE INDICAÇÕES DE PROCEDÊNCIA INDUSTRIAS E DE SERVIÇOS: EXPLORAÇÃO PRIVADA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL BRASILEIRO

*Victor Luiz Pereira de Andrade\**

**Palavras-chave:** propriedade intelectual; indicações geográficas; indicações de procedência; patrimônio histórico; patrimônio cultural.

**Resumo:** Indicações geográficas são direitos de propriedade intelectual essencialmente públicos e coletivos. Apesar de sua gestão e regulamentação serem atribuídas a órgãos patronais e associações privadas, não são passíveis de apropriação em sentido estrito. Tal relação, entretanto, mostra-se distinta quando do reconhecimento de indicações de procedência referentes a produtos industriais e serviços, especificidade negligenciada quanto à regulamentação pela Lei de Propriedade Industrial e o INPI, cujas lacunas normativas ensejam fraudes e descaracterização do instituto jurídico. Desta forma o legislador abriu espaço para a exploração do capital empresarial sobre um gênero de signos distintivos que visam fomentar o desenvolvimento e união de produtores tradicionais a nível regional, baseando-se não somente na produção, mas na reputação e cultura derivadas do histórico desenvolvimento de uma determinada localidade. Por conseguinte, a problemática aqui abordada é: em qual grau a atual legislação impede a descaracterização de indicações de procedência em modalidade de marca coletiva e direitos similares? A hipótese para o problema proposto é a de que a falta de regulamentação específica para os casos mencionados traz exploração ilegal de patrimônio cultural em prol de capitais privados em sua individualidade, e não em esfera coletiva, o que descaracterizaria o instituto e, desta forma, prejudicaria micro e pequenos produtores. Além disso, trabalha-se também com a hipótese de que tal descaracterização interfira negativamente na proteção de titulares do direito de marca, uma vez que a indicação geográfica, por seu caráter coletivo, cultural e histórico, se sobressai aos direitos oriundos do registro de marca.

\* Graduando do 8º semestre do curso de Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, campus de Franca. Realiza pesquisa na modalidade Iniciação Científica apoiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) sob orientação da Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez, além de exercer cargo administrativo no Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES) vinculado ao departamento de Direito Privado da UNESP. E-mail: pereiradeandrade.victorluiz@gmail.com. Telefone: (12) 98122-7886. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3172009565979544>.

**Abstract:** Geographical indications are intellectual property rights that, in its core, are public and collective. Even though its management and regulation has been assigned to employers' bodies and private associations, they're not liable to ownership in a strict sense. The situation then takes a different path when industrial products and services begin to get recognized as indications of source, especially when we consider that geographical indications were neglected in its specificity by the Brazilian industrial code of 1996, which was passed with gaps that may cause the possibility for fraud and decharacterization of the legal institute itself. That way, the legislator opened space for the exploitation by big businesses that would then profit on distinctive signs originally designed to promote the development and union of traditional producers in a regional level, based not only in their production, but the reputation and culture drawn from a historic development of a certain area. Because of that, this article faces the following main problem: in what level does the institute of indications of source is decharacterized to become a collective mark system in Brazil? The hypothesis is that the lack of specific regulation has opened ways for illegal exploitation of cultural patrimony only to serve the needs and interests of big businesses in their individuality, not in a collective or regional level, which would clearly dismantle the institute and thus bringing harm to micro and small businesses. Even further, there's chance it would interfere negatively on the protection of trademark owners.

### 1 INTRODUÇÃO

Como país de histórica vinculação a metrópoles de forte tradição jurídica, o Brasil teve seu sistema legal diretamente influenciado pela legislação e doutrina estrangeira nos mais diversos aspectos, o que trouxe a importação de muitos institutos jurídicos sem a devida adaptação à realidade nacional, sendo a situação não distinta para com indicações geográficas.

Apesar do intuito de proporcionar desenvolvimento através da proteção jurídica, a lei nacional se revela muitas vezes como sendo partícipe em um processo de geração de desigualdade econômica, mesmo entre membros de uma mesma classe produtiva, o que demonstra a ineficiência da regulamentação e normatização brasileiras, além de possível imoralidade.

O presente trabalho abordará como se dá a exploração privada do patrimônio histórico e cultural brasileiro por meio de modalidades não tradicionais de indicação de procedência (IP). Desta forma, busco analisar, por meio do método bibliográfico, o instituto tanto pela via legal,

quanto pelas vias histórica e jurídico-axiológica, com a finalidade de compreender qual o significado e participação do instituto no processo de desenvolvimento econômico nacional, a fim de corroborar conclusões acerca da conformidade da aplicação do instituto à sua finalidade constitucional, além de procurar identificar problemáticas a serem debatidas e solucionadas por meio de reforma legislativa ou prática jurisprudencial.

## 2 INDICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA (IP)

A indicação geográfica (IG) é um direito de propriedade intelectual previsto na lei brasileira por meio dos artigos 176 a 182 da Lei de Propriedade Industrial (BRASIL, 1996), além de ser, como signo distintivo geográfico, protegido como garantia institucional (MENDES, 2013, p. 327) e direito fundamental expresso em cláusula pétrea na Constituição Federal Brasileira de 1988 (art. 5º, XXIX). Sua finalidade é a de garantir a veracidade de uma específica origem geográfica atribuída a um serviço ou produto (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2001, p. 5). A IG constitui um gênero que abarca, em nosso direito, duas espécies de proteção: a indicação de procedência e a denominação de origem.

A denominação de origem busca proteger produtos ou serviços cujas qualidades ou características notórias, conhecidas sob sua denominação geográfica, se derivam exclusivamente do meio de onde se originam, sendo considerados tanto fatores humanos quanto naturais (FILHO, 2009, p. 129-130). Já a indicação de procedência protege produtos ou serviços cuja notória reputação é atrelada ao nome de sua origem geográfica, portanto protegendo de maneira ampla e abstrata, o nome que remete à reputação de uma determinada região quanto a extração, produção ou fabricação de um produto ou prestação de um determinado serviço, como descreve a redação do art. 177 do código brasileiro de propriedade industrial de 1996:

“Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço” (BRASIL, 1996).

### 2.1 Bases do instituto

Em se tratando de um instituto jurídico fundado na reputação e, internacionalmente, na tradição produtiva de determinadas regiões, incluindo fatores históricos e antropológicos que acabam por dar ensejo à sua utilização mercantil e conseqüente necessidade de tutela legal

conferindo às indicações de procedência um instituto próprio, faz-se necessário tratar da relação estabelecida entre exploração econômica e proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro. É importante que se compreenda os valores axiológicos atrelados ao instituto jurídico, especialmente ao considerarmos que, antes de um mero selo de identificação mercantil, a indicação de procedência acaba por traduzir uma representação objetiva de um ativo advindo da cultura e da história produtiva de determinada localidade, muitas vezes com reflexos em toda a população ali estabelecida, não se reduzindo a apenas os produtores que ali constituíram fortuna.

Desta maneira, buscando conferir nova perspectiva à indicação de procedência, diferenciando-as das denominações de origem e demais direitos de propriedade intelectual correlatos, constata-se que a indicação de procedência, como espécie da qual a indicação geográfica é gênero (LOCATELLI, 2008, p. 228), se trata de signo distintivo de que se tem notícia desde a antiguidade (PORTO, 2007, p. 17), precedendo toda a teoria do direito de propriedade intelectual. O instituto sequer foi mencionado pelo Direito Romano e acabou por se difundir sem o apoio de proteção jurídica específica.

A indicação de procedência visa proteger a reputação de um nome geográfico, que pode se tratar de local (termo genérico), país, região, Estado, cidade, bairro ou, virtualmente, qualquer outra modalidade de delimitação geográfica referente a uma porção de território que tenha se tornado conhecida em razão da produção de determinado produto ou prestação de determinado serviço (LOCATELLI, 2008, p. 228-229; BRASIL, 1996). Contudo, ao nos referirmos à “reputação” de determinada área, é possível aferir como origem de tal notoriedade as mais diversas formas de manifestação histórica, cultural, artística, publicitária ou mesmo a própria qualidade produtiva (em sentido subjetivo) da região, segundo avaliação de seus consumidores, acabando por constituir um ativo imaterial a ser protegido por meio do reconhecimento da IP.

### 2.2 Construção histórica

A fim de expandir tal compreensão, apresento análise de duas das mais remotas indicações de procedência conhecidas. Considerando o fato de que a denominação de origem exige dados científicos, controle de qualidade e comprovação material, ao analisar indicações geográficas da antiguidade podemos aferir que sua disseminação e o valor mercantil se baseavam não somente em características materiais, o que pode ser apontado em razão da

ausência de normativa e controle fiscalizatório nestes tempos, mas, distintamente, buscava base em qualidades conhecidas através de sua reputação, o que, em sentido lato, as caracterizaria objetivamente como o que possuímos hoje como definição de indicação de procedência. É partindo deste pressuposto que observamos duas das indicações de procedência mais antigas das quais se tem notícia, nos remetendo ao século IV a.C. (BARROS, 2007, p. 377).

### 2.2.1 Mármore de Carrara

O mármore de Carrara é conhecido desde a república romana (KLEINER, 2009). Roma, já um importante centro comercial (ROSTOVITZ, 1983, p. 34), inspirada pela arquitetura grega e apreciadora da estética conferida pelo mármore, importou, por muito tempo de forma tímida, o mármore vindo da Grécia, chegando a utilizar, paralelamente, técnicas de construção que buscavam dar a outros materiais o aspecto natural do mármore, em razão da dificuldade de se obter o material (KLEINER, 2009). Foi somente com a ascensão do imperador Augusto (primeiro imperador de Roma) que se tornou viável a importação de mármore em grande escala, mármore este proveniente da região hoje conhecida como Carrara (KLEINER, 2009). Sua utilização pelo Império foi tamanha, que a Augusto é atribuída a frase “encontrei uma cidade de tijolos e a transformei em uma cidade de mármore” (KLEINER, 2009, tradução nossa), sendo que a utilização do material somente aumentou ao passar dos séculos, ao ponto de possuímos hoje obras arquitetônicas romanas imponentes, como é o caso do Panteão, o templo dedicado a todos os deuses (MOORE, 1995).

### 2.2.2 Vinho de Falerno

O vinho de Falerno, por sua vez, foi citado inúmeras vezes na literatura romana, que o conferiu qualidades inigualáveis e chegou a considerá-lo uma criação divina, tendo sido a sua criação atribuída ao deus Baco, dos vinhos e das festividades (GRIZZO, 2016). É de fácil notabilidade que os vinhos de Falerno eram os vinhos preferidos pela aristocracia romana e, por isso, alcançaram tamanho status antes de desaparecer com a queda do Império.

### 2.2.3 Valorização histórica e cultural

Torna-se visível que o status da reputação de ambas as indicações de procedência não se baseou simplesmente na boa qualidade de seus produtos ou mesmo apenas nos esforços produtivos e logísticos de seus produtores. É clara a associação aos acontecimentos históricos, além de fenômenos culturais, religiosos, e até mitológicos a eles associados, o que lhes confere distinto status mercantil e, por isso, os valorizam imensamente se comparados a seus concorrentes. Sem a história romana a que cerca o mármore de Carrara, talvez artistas como Michelangelo (KLEINER, 2009) e, contemporaneamente, Anna Chromý (BIGNELL, 2016) jamais haveriam optado pela compra específica de tal material para suas mais importantes obras, que, por sua vez, perpetuaram ainda mais a reputação do material. O mesmo pode ser dito do resgate, em 1989, da indicação geográfica - hoje reconhecida como denominação de origem, pois atrelada a fatores materiais produtivos - do vinho de Falerno (Falerno del Massico) (GRIZZO, 2016).

## 2.3 O papel na proteção do patrimônio histórico e cultural

A proteção de uma indicação de procedência traz como característica marcante não somente a tentativa de inibir e punir a contrafação, mas representa, ainda, o resgate do intuito jurídico de proteger, ao mesmo tempo, a história, a cultura e a economia de determinada região. Distintamente da tutela jurídica destinada às marcas, que se focam em proteger individualmente seus titulares, as indicações de procedência, assim como as denominações de origem (ROCHA FILHO, 2009, p. 88), se vinculam e impactam todo e qualquer produtor de uma localidade, que possua ou não atuação na difusão mercantil extraterritorial daqueles produtos, consistindo um direito essencialmente coletivo. Discutir indicações de procedência é discutir seu papel atrelado ao patrimônio imaterial humano de determinadas regiões (MERKLE; AREAS, 2016, p. 113), antes de sua aplicação como método de difusão e valorização de produtos e serviços.

No que concerne a proteção do patrimônio cultural e histórico brasileiro em sentido estrito pela legislação brasileira, a própria Constituição de 1988 faz menção expressa à mesma, em seu artigos 215, 216 e 216-A, nos quais preza pela democratização da cultura e seu acesso, além de promover meios para atuação do Estado em sua manutenção, além de outros instrumentos de proteção presentes em legislação extravagante.

É necessário apontar que, apesar de não tutelar o patrimônio cultural e histórico em si, a indicação de procedência a ele remete e, sem ele, acaba por perder totalmente seu valor de diferenciação, perdendo razão de existência. Ou seja, apesar de o direito de indicação de

procedência não constituir uma proteção objetiva ao patrimônio imaterial, por se tratar de um signo distintivo que a ele remete, possui impacto direto em sua identidade ao ser utilizado como instrumento de valoração e proteção a produtos e serviços (MERKLE; AREAS, 2016, p. 124).

Desta forma, podemos corroborar a hipótese de que o uso mercantil de indicações de procedência nada mais é do que um desdobramento mercantil exploratório do patrimônio cultural e histórico de determinada região, desde que atrelado ao fenômeno produtivo que ali toma forma, e que acaba revertido em um método de valorização econômica da região e de seus produtos, trazendo prestígio e desenvolvimento nas mais diversas esferas. E, nestes moldes e assim como as marcas (COPPETTI, 2006, p. 205), indicações geográficas são signos que, antes de se tornarem valores frente à concorrência e objeto de discussão em tutela jurídica, são utilizados para satisfazer a demanda pela individualização no oferecimento de produtos e serviços.

#### 2.4 Reconhecimento legal

Entretanto, apesar de sua importância, as indicações geográficas jamais foram reconhecidas como instituto próprio no Direito Romano. Tal reconhecimento se iniciou somente ao final do século XIX, quando, nas discussões da Convenção de Paris de 1883 - primeiro documento internacional a versar sobre a matéria de propriedade intelectual - introduziu-se uma forma de proteção às indicações de procedência (UNIÃO DE PARIS, 1883). Contudo, apesar de sua importância introdutória, o documento é considerado superficial por apenas estender a norma de apreensão aos produtos que simulem uma falsa origem (LOCATELLI, 2006, p. 241-242). A Convenção foi revista diversas vezes até 1967, tornando-se mais objetiva mas ainda sim se mantendo atrelada à simulação de falsa origem (UNIÃO DE PARIS, 1883).

Percebe-se que o intuito protetivo, tanto de indicações geográficas quanto de quaisquer outros institutos da propriedade intelectual, é necessariamente de caráter internacional, dado que a proteção é requisito para oferecer segurança jurídica a fim de possibilitar a exploração de distintas parcelas do mercado mundial, ampliando tanto as possibilidades de investimento em pesquisa quanto a organização internacionalizada dos processos produtivos.

Já sob a jurisdição brasileira, é importante apontar a conexão com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (CF) brasileira de 1988. É notável que a indicação de procedência, como signo distintivo geográfico, é expressamente abarcada pelo inciso XIX do artigo 5º da CF, tornando fundamental a proteção da IP vinculada ao interesse

social, o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Entretanto, este não é o único artigo a influir sobre a aplicação do instituto.

Devemos considerar que, ao interpretar indicações de procedência à luz do inciso XXIII, que institui a função social da propriedade, podemos aferir que, para usufruir de proteção constitucional, a indicação deverá necessariamente corroborar com o interesse público já expresso, conectando-se aos direitos do consumidor, trazendo desenvolvimento social, econômico e tecnológico sem discriminação, auxiliando diretamente, ainda, na preservação do patrimônio cultural da região a que se refere (PORTO apud BARBOSA, 2010, P. 412).

Quanto à natureza jurídica de indicações de procedência, observamos que a matéria apresenta imensa divergência entre doutrinadores. Fundamentalmente, as discussões se baseiam no fato de se tratar de um direito que, apesar de classificado legalmente como de propriedade, não oferece aos seus detentores todas as faculdades essenciais que integram o instituto da propriedade em sentido estrito (ROCHA FILHO, 2009, 86-87). Como exemplo, é possível citar que, distintamente de um direito de marca coletiva (ROCHA FILHO, 2009, p. 95), não há como se dispor dos direitos oriundos de uma indicação de procedência, sendo esta uma possibilidade descartada mesmo que todos os produtores de uma região se encontrem em situação de unanimidade para propor sua venda.

A única maneira de um terceiro vir a adquirir o direito ao uso de uma indicação geográfica é estabelecer-se dentro da área geográfica delimitada e cumprir os requisitos estabelecidos para a produção ou prestação dos serviços identificados com a indicação geográfica (MARTINS, 2014, p. 149).

Além disso, a IP não possui pessoa (física ou jurídica) como titular, mas sim um ente abstrato “atrelável” a qualquer produtor estabelecido na região reconhecida com a IP, estabelecido o requisito de que a atividade reconhecida precisa continuar sendo desenvolvida para que o direito oriundo da IP continue existindo para aquele produtor. Por tais razões, a lei brasileira adotou a classificação de “propriedade *sui generis*” para o instituto (ROCHA FILHO, 2009, p.120).

O Brasil promulgou em 1996 a Lei de Propriedade Industrial, fortemente influenciada pelo acordo TRIPS, assinado dois anos antes. Em suma, a lei trouxe, em seus artigos 176 a 182 (BRASIL, 1996): definição do instituto perante o Direito brasileiro, instituiu a competência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial para seu reconhecimento e definiu limites mínimos, acolhendo expressamente a possibilidade de reconhecimento de indicações de procedência referentes a serviços, além do uso expresso do termo “fabricação”, o que nos

remeteria ao reconhecimento de indicações industriais.

Desta maneira, passaram a ser inclusas no rol de indicações reconhecidas no Brasil, aquelas referentes a indústrias e prestadores de serviço, o que levanta diversas dúvidas em razão de o instituto ser, internacionalmente, adstrito a produtores não industriais, além da rara menção a indicações de serviços. Soma-se ainda o questionamento a respeito da imensa gama de direitos de propriedade intelectual tradicionalmente envolvidos em negociações de escala industrial, especialmente no que concerne os direitos de marca e marca coletiva, que poderiam ser intencionalmente afetados no caso de um pedido de registro de indicação realizado de má-fé.

É importante ressaltar, ainda, que a lei de 1996 estabeleceu o registro de IP com efeito meramente declaratório (PIMENTEL; BARRAL, 2006, p. 19), ou seja, distintamente do registro de marcas, produtores titulares de direito de IP (mesmo que ainda sem registro) possuem tutela jurisdicional para coibir a contrafação e outras práticas de concorrência desleal que utilizem a IP indevidamente.

### 3 DO REGISTRO E GESTÃO DE INDICAÇÕES DE PROCEDÊNCIA

Como já mencionado, a lei de propriedade industrial brasileira conferiu competência ao INPI para oficializar o reconhecimento de indicações de procedência, este possuindo caráter meramente declaratório. Nesta seção, então, abordo a temática concernente ao registro e gestão de indicações de procedência no Brasil, buscando analisar sua conformidade para com os fins legais e historicamente estabelecidos para o instituto jurídico.

#### 3.1 O registro pelo órgão competente

Atualmente, o processo de reconhecimento de indicação de procedência é regido pela Instrução Normativa Nº 12/2013 do INPI, datada de 18 de março de 2013 (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2013, p. 682). O documento, além de reafirmar as definições e regras básicas estabelecidas pela Lei de Propriedade Industrial, estabelece regras importantes como a competência de entidades coletivas (ou pessoa individual, caso se aplique) para requerimento do registro, a exigência de instrumento de comprovação da legitimidade do requerente e o regulamento de uso do nome geográfico, documento de imensa importância para a discussão aqui desenvolvida

(MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2013, p. 682-687).

Especificamente para a indicação de procedência, o órgão exige: comprovação do reconhecimento como centro produtivo ou prestador de serviço; comprovação da existência de estrutura de controle sobre os produtores ou prestadores de serviços que tenham direito ao uso exclusivo da indicação de procedência; e, ainda, a comprovação do exercício das atividades produtivas ou prestadoras na área geográfica delimitada.

Para o reconhecimento de indicações estrangeiras, o órgão exige os mesmos requisitos, podendo ser apresentados pelos próprios documentos que as reconheceram em seus países de origem, somente sendo necessário suprimento caso algum requisito não esteja presente. Há também a exigência de procurador qualificado e domiciliado no Brasil, caso o autor do pedido esteja domiciliado em país estrangeiro.

Quanto ao reconhecimento de indicações brasileiras em países estrangeiros, é possível apontar que, em razão do Brasil não ter aderido a nenhum sistema de reconhecimento internacional, tendo optado por conferir total competência ao INPI, em respeito ao princípio da reciprocidade nos tratados internacionais, o mesmo é aplicado para pedidos de reconhecimento de indicações brasileiras. Ou seja, cada entidade coletiva, que possua legitimidade para reconhecimento de IP no Brasil, deverá submeter seu pedido individualmente a cada país onde considera interessante obter tutela jurídica deste direito, a depender, é claro, de qual o tratamento conferido pela lei do local.

É necessário apontar, ainda, que o INPI sofre duras críticas por se apresentar concentrado na cidade do Rio de Janeiro e não possuir credibilidade para fomentar e difundir as possibilidades de ganho e desenvolvimento proporcionadas pelo registro de propriedade intelectual (PIMENTEL; BARRAL, 2006, p. 29-30). Contudo, o órgão vem aumentando o processamento e acolhimento de pedidos de reconhecimento de IP desde o início dos anos 2000 (INPI, 2016, [p.1]), além de baixar resoluções e normativas periodicamente para padronizar e facilitar os pedidos de reconhecimento (INPI, 2013, p. 682-687).

#### 3.2 Gestão e regulamentação de indicações de procedência

Como já mencionado, por meio da Instrução Normativa Nº 12/2013, o INPI estabeleceu, dentre os requisitos para reconhecimento de indicação de procedência, a competência para

entidades coletivas e a apresentação do regulamento de uso. As entidades coletivas a que se refere a norma são, em sua grande maioria, associações produtivas, sendo admitida, ainda, a possibilidade de requerimento por um único indivíduo, caso este seja considerado o único legitimado a usufruir do direito decorrente da IP (INPI, 2013, p. 682).

Já para o regulamento de uso, o órgão faz a simples exigência de que o mesmo seja apresentado juntamente às demais documentações, sem que exista, propriamente, um documento padrão para regulamentação, bem como regras que delimitem o poder de disposição daqueles incumbidos da tarefa de regulamentar o uso da indicação de procedência. Desta forma, observa-se que o procedimento de regulamentação de uso de indicação de procedência é entregue irrestrita e integralmente às mãos de entes privados interessados na exploração exclusiva do direito decorrente da IP.

Desta forma, além de incluir especificações acerca da conformidade dos produtos para com o padrão de qualidade esperado daqueles reconhecidos sob o selo da indicação de procedência (bem como sua rastreabilidade e critérios de sustentabilidade), as entidades se revelam aptas a condicionar a utilização da indicação reconhecida a outros fatores, como observado na indicação de procedência do calçado de Franca, ou do queijo da Canastra, que incluem, dentre os requisitos para utilização da indicação de procedência, a formal associação à entidade que realizou o pedido de reconhecimento da IP, além do total cumprimento das obrigações para com tal organização, o que inclui o pagamento regular de taxas e encargos, em uma clara exploração ilegal do patrimônio histórico e cultural que justifica o próprio reconhecimento e existência do direito de indicação de procedência.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerados os fatos apresentados, é possível observar que, ante a importação de um instituto jurídico de imenso valor histórico e cultural, o legislador brasileiro se portou de maneira ineficiente para com os próprios princípios constitucionais aos quais está vinculado. Ao incluir a hipótese de exploração de tais direitos por entes industriais e prestadores de serviços, por exemplo, o legislador ignorou a experiência internacional e preferiu não privilegiar a utilização do direito de marca e marca coletiva a tais entes, possibilitando a ocorrência de registros fraudulentos que visem interferir para com direitos previamente estabelecidos.

Já quanto à exploração ilegal do patrimônio imaterial, ao permitir que a gestão e regulamentação de indicações de procedência ocorram sem a devida normatização e fiscalização por parte do ente público, o legislador entrega, nas mãos da iniciativa privada - cujo maior interesse é o de sempre obter lucro mediante a conquista do monopólio - o poder de restringir o usufruto de um direito que não deveria carregar quaisquer restrições que não aquelas referentes à adstrição do produto ou serviço às qualidades a ele atribuídas, direito este que, em razão de sua origem histórica, é pertencente à própria região produtiva e, em sentido lato, a todos os seus habitantes.

Constrói-se o paradigma no qual nos inserimos, em que é perfeitamente possível que um pequeno produtor seja furtado ao usufruto mercantil da reputação da qual é legítimo titular por se situar em região de histórica reputação produtiva em razão de restrições e encargos a ele impostos por órgãos e entidades privadas, o que caracteriza, em muito, um claro conflito de interesses proporcionado pela própria norma reguladora do instituto, ferindo objetivamente a finalidade desenvolvimentista e a satisfação da função social que justifica a nível fundamental a existência da proteção jurídica aqui tratada.

Observa-se ainda que, apesar da hipótese inicial de que a problemática se deriva exclusivamente da utilização do direito de indicação de procedência por entes industriais e prestadores de serviços, a mesma não pode ser corroborada, uma vez que mesmo quanto a entes produtores tradicionais, a amplitude da norma possibilitou o excesso de controle privado sobre tais direitos. Somente podemos apontar que, quando utilizadas por produtores do primeiro setor, em razão da menor utilização de ativos correlatos (marcas e marcas coletivas) decorrente do próprio fluxo de distribuição produtiva do mesmo, a restrição indevida ao uso de indicação de procedência tende a ser observada em menor grau, ainda que perfeitamente possível se considerado o atual quadro normativo que rege o instituto.

#### 5 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. t. 1.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de direito da propriedade intelectual**. Aracaju: Evocati, 2007.

BIGNELL, Eric. Anna Chromy seeks London home for Cloak of Conscience. **Stone Specialist**, Londres, 9 maio 2016. Disponível em:

<<http://www.stonespecialist.com/news/projects/anna-chromy-seeks-london-home-cloak-conscience>>. Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 1 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: p. 8353, 15 mai. 1996. E-book. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em: 1 maio 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Normas do INPI**. Rio de Janeiro: INPI, 2013. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/sobre/legislacao-1/normas\\_auditoria\\_final\\_15\\_3\\_2013\\_c.pdf](http://www.inpi.gov.br/sobre/legislacao-1/normas_auditoria_final_15_3_2013_c.pdf)>. Acesso em 1 maio 2017.

ROCHA FILHO, Sylvio do Amaral. **Indicações geográficas**: a proteção do patrimônio cultural brasileiro na sua diversidade. 2009. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.

GIOVANNUCCI, Daniele et al. **Guide to geographical indications**: linking products to their origins. Geneva: International Trade Center, 2009. E-book. Disponível em: <[http://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/E-Library/geographical\\_indications.pdf](http://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/E-Library/geographical_indications.pdf)>. Acesso em: 1 maio 2017.

GRIZZO, Arnaldo. A história do vinho de Falerno, o mais famoso do Império Romano. **Revista Adega**, São Paulo, 1 jul. 2016. Disponível em: <[http://revistaadega.uol.com.br/artigo/grand-cru-romano\\_9694.html](http://revistaadega.uol.com.br/artigo/grand-cru-romano_9694.html)>. Acesso em: 1 maio 2017.

KLEINER, Diana E. E. **From brick to marble**: Augustus assembles Rome. New Haven, CT: Yale University, 2009. 1 vídeo, multimídia, son., duração 12:03 min. Disponível em: <<http://theopenacademy.com/content/concept-93-ascent-augustus-and-access-italian-marble>>. Acesso em: 1 maio 2017.

LAGES, Vinícius; LAGARES, Léo; BRAGA, Christiano. **Valorização de produtos com diferencial de qualidade e identidade**: indicações geográficas e certificações para competitividade nos negócios. Brasília, DF: SEBRAE Nacional, 2005.

LOCATELLI, Liliana. **Indicações geográficas**: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico. Curitiba: Juruá, 2008.

LOCATELLI, Liliana. Os signos distintivos e o mercado consumidor à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, n. 2., jun. 2007. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/signos-distintivos-mercado-consumidor-luz-213240225>>. Acesso em: 1 maio 2017.

MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha. **Indicações geográficas**: regulamentação nacional e compromissos internacionais. São Paulo: Atlas, 2014.

MERKLE; Siloá Haynosz; AREAS, Patrícia de Oliveira. Patrimônio cultural e indicações geográficas: potencialidades para o desenvolvimento sustentável. LOCATELLI, Liliana (org.). **Indicações geográficas**: desafios e perspectivas nos 20 anos da Lei de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MOORE, David. **The Roman Pantheon**: the triumph of concrete. Nova York, 1995. Disponível em: <<http://www.romanconcrete.com/docs/chapt01/chapt01.htm>>. Acesso em 1 maio 2017.

ROSTOVITZ, Mikhail Ivanovich. **História de Roma**. 5. ed. Tradução de Waltenair Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

PORTO, Patricia Carvalho da Rocha. **Indicações geográficas**: a proteção deste instituto jurídico visando o interesse público nacional. 2007. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/ig.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2017.

THUAL, David et al. **Study on geographical indications protection for non-agricultural products in the internal market**. União Europeia: 2013. E-book. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/geo-indications/130322\\_geo-indications-non-agri-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/geo-indications/130322_geo-indications-non-agri-study_en.pdf)>. Acesso em: 1 maio 2017.

UNIÃO DE PARIS. **Convenção de Paris**. Paris, 20 maio 1883. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2017.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Geographical Indications: historical background, nature of rights, existing systems for protection and obtaining effective protection in other countries**. Geneva: 2001. E-book. Disponível em: <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct\\_6/sct\\_6\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_6/sct_6_3.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA INDICAÇÃO DE MINISTROS PELO PODER EXECUTIVO

*Vanessa Bussolo Brand\**

**Palavras-chave:** Separação dos poderes; Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal; judicialização da política.

**Resumo:** Considerando o papel de destaque que o Poder Judiciário tem obtido no cenário político brasileiro, objetiva-se, com este trabalho, analisar suas relações com o Poder Executivo, mais especificamente no que tange à “Judicialização da Política”. Para tanto, procede-se a uma análise das incumbências atribuídas a cada Instituição pela Constituição de 1988 e a um exame da apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, das nomeações para o cargo de Ministro de Estado de Luiz Inácio Lula da Silva e Wellington Moreira Franco, bem como de seus desdobramentos. Desse modo, observa-se que as decisões proferidas ultrapassam o determinado pela Magna Carta e, por outro lado, são obrigação do Judiciário, diante dos requerimentos que lhe foram apresentados, em razão da inafastabilidade da Jurisdição. O conjunto permite, em última instância, concluir que as interferências entre os poderes podem enfraquecer as instituições e, de certa forma, também a jovem democracia brasileira.

**Keywords:** Separation of powers; Judiciary Power; Federal Court of Justice; judicialization of politics.

**Abstract:** Considering the leading role which Judiciary has garnered in the brazilian political scene, this paper aims to analyze the relations between the Judiciary and the Executive, more specifically in the aspect of the "Judicialization of Politics". Therefore, is assayed the accountabilities that Constitution of 1988 has designated to each Institution and the review by the Federal Court of Justice about the appointment of Luiz Inácio Lula da Silva and Wellington Moreira Franco for State Ministers, like its outspread. So, it is observed that the Judicial decisions in these cases transcend the constitutional determinations and, at the same time, are obligation of the Judiciary, because a principle that guides brazilian jurisdiction. It was

\* Acadêmica do oitavo período do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: [Vanessabbrand@gmail.com](mailto:Vanessabbrand@gmail.com); (48) 9 9922-3999. <http://lattes.cnpq.br/4522676511156373>

concluded that the interferences between the “organs” can undermine the Institutions and the young brazilian democracy.

### 1. Introdução

Nos últimos anos, temos percebido uma crescente relevância do Judiciário no cotidiano brasileiro. Para além da enorme quantidade de causas ajuizadas e julgadas diariamente - que aumentam a cada ano, os magistrados têm desempenhando um papel importante em áreas que deveriam, ao menos em tese, ser ocupadas pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Em que pese haja quem entenda pela legitimidade da atividade judicial para além do atribuído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) em razão do, por vezes, silenciamento dos outros órgãos do Estado, neste artigo trataremos dos possíveis transtornos advindos de tais atuações.

### 2. Órgãos do Estado Brasileiro

#### 2.1 Três Poderes

Em “A Política”, Aristóteles, na Antiguidade Grega, aponta como sendo três as funções que a serem exercidas pelo Soberano: 1) a edição de normas gerais, que devem ser obedecidas por todos, 2) a aplicação das referidas normativas e 3) a função de julgar e dirimir os conflitos provenientes da aplicação das normas gerais. Com isto, em que pese considerasse que as três atividades concentradas em uma única pessoa –o Soberano–, Aristóteles semeava as primeiras bases teóricas para a “Tripartição dos Poderes”.

Em 1748, Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, em contraposição ao absolutismo, vai além. Ousando analisar esta obra como um prosseguimento do trabalho desenvolvido por Aristóteles, o filósofo francês entendeu que as funções deveriam estar conectadas a três órgãos autônomos, distintos e independentes entre si e não mais concentradas nas mãos do soberano. Para ele, num cenário em que não há separação dos poderes tem-se caracterizado o despotismo e um governo imprevisível e arbitrário.

Dimoulis (2008, p. 145) leciona que a finalidade da separação dos poderes é, pois, a preservação da liberdade individual e o combate à concentração de poder, ou seja, “a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, dispôs em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Deste modo, sacramentou a separação dos poderes, ao menos formalmente, na nova fase iniciada pelo Estado brasileiro.

Cada Poder elencado pelo artigo 2º possui uma função “típica” e pode desempenhar, também, uma função “atípica”. A título de exemplo, podemos observar que cabe ao Legislativo, além das funções típicas de legislar e fiscalizar finanças, orçamentos e patrimônio do Executivo, julgar (função atípica), por intermédio do Senado, o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, conforme o artigo 52, I, da Magna Carta. Esta atribuição, de caráter específico e limitado, entretanto, não desconfigura nem fere a independência entre as Instituições.

Acerca das funções típicas de cada órgão, podemos discorrer, sinteticamente (SILVA, 2012, p.108):

Legislativo (função legislativa): “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*”;  
 Executivo (função executiva): “resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*”;  
 Judiciário (função jurisdicional): “tem por objetivo aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse”.

Para um melhor aprofundamento das questões que nos propusemos a discutir, a partir de agora nos deteremos a uma análise de atividades do Executivo e do Judiciário, bem como consideraremos apenas com as incumbências típicas de cada órgão, conforme exposto acima.

## 2.2 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a instituição “de cúpula” do Poder Judiciário, composto por onze Ministros, brasileiros natos (art. 12, §3º, IV, da CF/88), nomeados pelo Presidente da República após aprovação, por maioria absoluta, do Senado Federal. Quando

escolhidos, ainda, os candidatos devem possuir entre 35 e 65 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/88).

A este seletivo grupo a Magna Carta atribuiu, em seu artigo 102, a nobre função de guardar a Constituição.

Entre suas principais atribuições estão julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de ato normativo ou lei estadual ou federal, as ações declaratórias de constitucionalidade de atos normativos e leis federais, a análise de pedido de Extradicação, julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente quando de infrações penais comuns, dentre outros.

Ainda, são prerrogativas do STF os julgamentos de, em recurso ordinário, mandados de segurança, habeas corpus, habeas data e mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegado o pleito e, em sede de recurso extraordinário, quando a decisão vergastada contrariar dispositivo constitucional, causas com decisão em única ou última instância.

Eis que na zona cinzenta entre a incumbência de proteger a Constituição, seguindo suas determinações, e o ponto em que os atos tornam-se interferência em tópicos pertinentes a outras esferas, inclusive sendo instado por grupos ligados a outros poderes – como partidos políticos – situam-se os casos que analisaremos a partir de agora.

## 3. Judicialização da Política (?)

### 3.1 Lula x Moreira Franco

Aos dezesseis dias do mês de março de 2016, a então Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, indicava para o cargo de Chefe da Casa Civil o ex-presidente da República e colega de partido, Luiz Inácio Lula da Silva. No mesmo dia, o Juiz Sérgio Moro levantou sigilo de gravações de conversas dos ex-presidentes (Lula e Dilma), sendo que em uma delas havia referência do envio do termo de posse para uso “em caso de necessidade”, o que foi amplamente divulgado pela mídia.

O Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impetraram, então, Mandados de Segurança em caráter coletivo contra a indicação de Lula para o cargo de chefe da casa civil.

Ambos os instrumentos foram fundamentados, no que tange à legitimidade para proposição, no artigo 5º, LXX, alínea “a” da Magna Carta, que determina que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional”. Liminarmente, fora requerida a sustação dos efeitos da nomeação do ex-presidente.

O argumento central era de que com a nomeação do ex-presidente para o cargo de Ministro de Estado intentava-se, na verdade, conferir-lhe foro privilegiado e obstruir as investigações em curso no bojo da “Operação Lava Jato”.

Distribuído o remédio constitucional, foi sorteado para relator o Ministro Gilmar Mendes que, por decisão monocrática, suspendeu a nomeação.

Na decisão, o togado pontuou que o momento era de avaliação delicada (os grifos não estão no original):

Ambos os partidos políticos impetrantes comprovam que têm representação no congresso nacional.  
A presente ação testa os limites do mandado de segurança coletivo impetrado por partido político.  
O que se tem é o manejo, por partidos políticos de oposição, demandado de segurança contra ato da Chefia do Poder Executivo que, em tese, viola a separação dos poderes (art. 2º) e princípios constitucionais da administração pública (art. 37). (Medida Cautelar no Mandado de Segurança: MC MS 34070 Distrito Federal - 0051789-90.2016.1.00.0000)

Posteriormente, com o Impeachment de Dilma Rousseff, o instrumento perdeu o objeto.

Aos três dias de fevereiro de 2017, o Presidente Michel Temer, por decreto, nomeou para o cargo de Secretário-Geral da Presidência da República, cargo extinto desde a reforma ministerial de maio de 2016, Wellyngton Moreira Franco, quatro dias após homologação de delações premiadas da “Operação Lava Jato” pela Ministra e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, nas quais o ministro era citado diversas vezes.

No caso de Moreira Franco, o Partido “Rede Sustentável” impetrou Mandado de Segurança que foi distribuído (sob o número 34.609) ao Ministro Celso de Mello. As alegações, assim como no caso de Lula, foram de desvio de finalidade e intento de obstrução do bom andamento da Justiça. Destaca-se também que a suspensão dos efeitos da nomeação de Lula foi utilizada como paradigma pelo impetrante.

Neste caso, o relator determinou audiência prévia do Presidente da República, tendo este se manifestado pelo não conhecimento e pela denegação da segurança. Temer também argumentou haver diferença entre os casos de Moreira Franco e de Luiz Inácio Lula da Silva,

alegando que no caso em análise ainda não havia investigação em andamento contra o Ministro na data de sua nomeação.

O Decano, assim como Gilmar Mendes, por intermédio de uma decisão monocrática proferiu seu posicionamento acerca de pedido liminar. Neste caso, porém, o recém-nomeado Ministro fora mantido no exercício de suas funções.

Celso de Mello entendeu não estarem preenchidos os requisitos para concessão de liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e, inclusive, apontou discordância com a análise feita por Gilmar Mendes acerca do cabimento de Mandado de Segurança impetrado por Partido com representação no Congresso Nacional no que tange à representação de direitos transindividuais. Ou seja, discordou da legitimidade da proposição dos mandados de segurança pelos partidos no caso de Lula e de Moreira Franco. Apesar disso, expressou que a temática seria discutida em momento oportuno, quando da deliberação sobre o mérito.

Para Celso de Mello, "a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade". Deste modo, entendeu por não estar satisfatoriamente demonstrado interesse de burlar o bom andamento de investigações com a nomeação.

Parte dos meios de comunicação frisaram haver diferenças cruciais nas duas situações, que levaram aos díspares desfechos. Enquanto o ex-Presidente já era alvo de investigações do Ministério Público Federal quando de sua indicação, inclusive já tendo sido alvo de mandados de busca e apreensão e condução coercitiva de ordem do Juiz Sérgio Moro, em relação a Moreira Franco ainda não havia nenhuma investigação em curso.

De todo modo, na mídia e nas redes sociais as comparações foram inevitáveis, assim como questionamentos acerca da existência de “dois pesos e duas medidas” no seio do órgão máximo do Poder Judiciário.

Uma análise jurídica das duas decisões, por si só, certamente ofereceria substrato para um artigo inteiro. Entretanto, em que pese a relevância das discussões acerca do mérito das decisões, vamos nos ater à *correttezza* das interferências acima narradas de uma forma mais abstrata.

Perceba-se que duas oportunidades acima narradas fora subjugada uma escolha do Chefe do Poder Executivo ao entendimento de –um- magistrado.

Não se desconsidera que, em ambos os casos, o que motivou a denúncia fora a atribuição de foro privilegiado para ministros em exercício. Com esta benesse, julgamentos que porventura venham a existir com ministros no polo passivo serão realizados pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF/88.

Também não olvidamos que quando das indicações o país vivia momentos de furor com a “Operação Lava Jato” e as delações premiadas da Odebrecht, que a cada dia traziam atualizações e capítulos emocionantes para os que acompanhavam – atônitos – a Caça às Bruxas do cenário político brasileiro do século XXI.

Contudo, é necessário avaliar a situação de forma mais abstrata para atentar a questões importantes do ponto de vista constitucional.

O artigo 84, da Constituição, que trata das competências privativas do Presidente da República, estabelece em seu primeiro inciso “nomear e exonerar Ministros de Estado”. Veja-se, pois, que não há qualquer condição para validação da escolha, mas tão somente o arbítrio presidencial.

Ferrejohn e Pasquino (2009, p. 50-54) ensinam que existem, basicamente, dois tipos de sistemas em que se inserem os tribunais constitucionais. Por um lado, há os complexos de “supremacia parlamentar pura”. Nestes, o controle de constitucionalidade ocorre internamente ao Legislativo<sup>1</sup>.

(...) em tais regimes parlamentares o controle de constitucionalidade ocorre somente a *priori* – antes do projeto de lei se tornar lei – e de forma *abstrata*, no sentido de que envolverá apenas a comparação do texto constitucional com o legal.

Além disso, nestes sistemas, embora a busca pelos princípios constitucionais seja uma constante, a autoridade para invoca-los concentra-se nas mãos de um pequeno grupo, dentro do próprio poder legislativo.

No outro polo, estão os regimes de separação dos poderes inspirados em Montesquieu. Nestes, há uma pulverização do controle de constitucionalidade, que ocorre tanto no legislativo quanto no judiciário e no executivo.

Os regimes jurídicos que adotam a divisão dos poderes definem, por sua vez, a separação horizontal e não vertical entre os poderes executivo, legislativo e

<sup>1</sup> Comumente, o sistema vigente na Inglaterra é utilizado como “representante” exemplificação deste sistema (Ferrejohn e Pasquino, 2009, p. 50). Regimes “inspirados por Montesquieu”, que ocupam o outro polo da contraposição, por sua vez, geralmente são vinculados à figura dos Estados Unidos.

judiciário; neles a tendência é de atribuir autoridade constitucional para as instituições que exercem cada um destes poderes.

Jeremy Waldron (2010, p. 104-105), abordando a mesma temática, explica que:

(...) o controle a *posteriori* do tipo norte-americano (...) acontece no contexto de procedimentos legais específicos, algumas vezes muito tempo depois de uma lei ter sido promulgada, e o controle *ex ante* da legislação por um tribunal constitucional erigido especificamente para conduzir uma avaliação abstrata de um projeto nos estágios finais de sua promulgação.<sup>2</sup>

Waldron também frisa que “O *judicial review* pode ser realizado por tribunais ordinários ou por um tribunal constitucional especializado”.

O autor, em conclusão a uma discussão acerca da essência da fundamentação da revisão judicial, em que entende pela desnecessidade e desproporcionalidade de tal, dado que transmite ao Judiciário um poder que, a seu ver, o referido órgão não tem originalmente e do qual não deve dispor, salienta (2010, p. 157):

Talvez haja circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de ofuscação e cerceamento valham a pena ser suportados por certo tempo. Mas os defensores do *judicial review* devem começar a fazer suas alegações a favor da prática de forma francamente sobre essa base – e fazê-lo com um grau de humildade e vergonha em vista das circunstâncias que a fizeram surgir – em vez de pregá-la aos quatro cantos como uma epítome do respeito aos direitos e como um elemento normal e normativamente desejável da moderna democracia constitucional.

O sistema brasileiro apresenta elementos das duas vertentes, mas, de todo modo, é necessária atenção dos julgadores, em um exercício de, praticamente, autocontrole, para não intervir em esferas do Executivo ou do Legislativo, sob pena de minar a independência dos poderes.

### 3.2 Reflexos do julgamento de Lula por Gilmar Mendes

A anulação da nomeação de Lula para o cargo de Ministro de Estado apresentou reflexos externos bastante visíveis: a proposição de ação semelhante no caso de Moreira Franco, utilizando-se o primeiro caso como precedente.

<sup>2</sup> Waldron (2010, p.104) destaca que, em alguns casos, o sistema conforme adotado pelos Estados Unidos adota “pareceres consultivos *ex ante* em circunstâncias limitadas. Ainda, a esclarece-se que “*ex ante*” refere-se ao modelo inglês de controle constitucional.

Antes de o Mandado de Segurança 34.609 chegar às mãos do Ministro Celso de Mello, duas decisões de primeira instância haviam suspenso liminarmente os efeitos da nomeação feita por Michel Temer.

A primeira liminar fora concedida pelo Juiz Eduardo Rocha Penteado, da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, no dia 8 de fevereiro de 2017, em atendimento à ação popular nº 0006.349-43.2017.4.01.3400, na qual sustentou-se haver “desvio de finalidade” e “ofensa à moralidade” atreladas à nomeação. No dia seguinte, a decisão foi derrubada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em recurso interposto pela Procuradoria-Regional da União na 1ª Região.

Na mesma data em que fora cassada a decisão do Juiz Eduardo Penteado, 9 de fevereiro de 2017, a nomeação de Moreira Franco fora novamente suspensa liminarmente em primeira instância. Desta vez o *decisum* foi proferido pela Juíza Regia Coeli Formisano, da 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, nos autos da ação popular de nº 0013857-51.2017.4.02.5101. No mesmo dia, a Advocacia-Geral da União recorreu.

Uma reflexão que merece espaço acerca dos eventos supra é de que os magistrados, em obediência ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, também nominado Princípio do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, não podem se abster de manifestar acerca de uma demanda que lhes é apresentada, se cumpridos os requisitos de propositura da ação.

De uma perspectiva Hobbesiana, o homem, ao aderir ao contrato social, abre mão de uma porção de sua liberdade, que é adquirida pelo Estado (HOBBS, 1651). Com a soma das porções de todos os pactuantes, então, o Estado legitima-se como, também, detentor do poder de julgar.

Uma vez que o Estado assume a prerrogativa e responsabilidade de julgar as discordâncias entre os cidadãos, então, cabe-lhe a obrigação de apreciar todos os litígios, lesões (ou ameaças de) a direito postos diante de si.

De todo modo, apesar de em obediência a tal princípio, chama atenção o fato de magistrados de primeira instância suspenderem, de forma válida, por meio de decisão interlocutória, o fruto de um arbítrio que a Constituição, expressamente, atribui exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo.

Atuações deste gênero podem, em nosso entendimento, fragilizar as instituições, uma vez que o Judiciário assume um papel de amplo destaque e relevância, uma vez que pode

modificar resoluções emitidas por outros órgãos e que guardam essencial relação com estes. Uma aceitação e banalização de decisões deste caráter desestabilizam o sistema de pesos e contrapesos, colocando o Judiciário em uma posição privilegiada, a qual não parece ser o desejado pelo Poder Constituinte quando da edição do artigo 2º da Magna Carta<sup>3</sup>.

### 3.3 O fenômeno da Judicialização da Política

Inicialmente, é importante uma diferenciação entre entre Ativismo Judicial e Judicialização da Política, a fim de melhor definir nosso objeto e o *loco* do debate.

Acerca da temática, escreve o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (p. 06-07):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

(...)

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.

<sup>3</sup>Dispõe o Art. 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Assim, pode-se dizer que, enquanto no Ativismo Judicial temos uma postura ativa do Judiciário em decidir acerca de questões que não estavam absolutamente descritas nos autos e, deste modo, legislar, na Judicialização da Política o problema é apresentado ao magistrado para que dê seu parecer, de acordo com normas já vigentes.

A Judicialização da Política, nos moldes acima, vem ganhando maior visibilidade na última década, com decisões paradigmáticas como as explicitadas há pouco. Nas palavras de Pierpaolo Bottini (2016), trata-se de “um fenômeno mundial pelo qual o Poder Judiciário deixa de ser um simples árbitro dos litígios entre indivíduos e se apresenta como a arena final onde se decidem grandes questões políticas”.

De acordo com Chester Neal Tate trata-se de um “fenômeno que significa o deslocamento do polo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário.”

Barroso leciona que (p. 06):

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Ocorrências desta espécie são preocupantes, de certa forma, em razão de fragilizar a autonomia do Executivo e Legislativo em suas decisões e de que um sistema em que não há um mútuo controle entre as Instituições pode tender ao abuso por parte de uma delas. O Judiciário parece, então, se comportar como um “Poder Moderador” do Brasil Império, apesar de na contemporaneidade.

Ainda mais inquietante, possivelmente, seja o fato de instituições ligadas a outros Poderes (Partidos Políticos, por exemplo) instigarem o Judiciário a manifestar-se acerca de assuntos que não deveriam a ele ser submetidos. Aparentemente, no “vale-tudo” pelo poder se está deixando de resolver os litígios políticos com política.

De acordo com Hirschl (2004, p. 243), são três as categorias da Judicialização da Política: a) o extravasamento do discurso legalista, de jargões, procedimentos e regulamentações para a esfera política e seus fóruns de discussão; b) o controle de

constitucionalidade e as revisões de atos administrativos; c) transferência de questões de grande importância para a sociedade e natureza política para o âmbito das Cortes.

Além dos efeitos diretamente relacionados aos casos de judicialização da política, ou seja, sobre as causas especificamente submetidas ao Judiciário, há que se avaliar também a potencialidade de ferimento da Democracia.

Observa-se que expoentes do Executivo (bem como do Legislativo), em nosso país, alcançam seus cargos por meio de eleições, que consistem, em síntese, na apresentação de propostas ao povo, que realizará uma escolha e, posteriormente, poderá e deverá cobrar de seus representantes o cumprimento do apresentado durante a campanha. Ao mesmo tempo, cabe aos eleitos a representação da população e de seus anseios.

Aos interessados em ingressar no Judiciário, por sua vez, são reservados os concursos públicos, o tecnicismo e o Princípio Contra majoritário. Assim, não há obrigação alguma, compromisso algum, dos magistrados para com os interesses dos cidadãos, mas tão somente com a técnica.

O Judiciário, apesar disto, não raras vezes parece despontar como um justiceiro longamente aguardado diante de incontáveis malabarismos políticos. Entretanto, não há subordinação (e não deve haver) do órgão à opinião civil, em um ato de representatividade. E isto justamente por não ser esta função do Judiciário, mas daqueles que assumem um cargo por opção dos cidadãos brasileiros.

Bottini também pontua:

Esperemos que as pessoas e instituições estejam maduras o suficiente para compreender que fricções são oportunidades para acomodações e ajustes, para o aprimoramento do sistema. Abalos desse porte são naturais em democracias jovens, mas também perigosos quando se trata de um país em que o Estado de Direito não costuma passar à idade adulta.

O ideal, então, parece ser que cada Instituição incentive seus membros a limitarem suas atuações aos âmbitos que lhes cabem e zelem pelo fortalecimento da independência.

Se mudanças forem necessárias (e elas por diversas vezes o são), deve a instância responsável constitucionalmente por ela estar atenta. A própria Constituição, pois, registra os meios legítimos para alteração do status quo e a eles deve-se atentar para que não retornemos à conjuntura de antes da Promulgação de 1988.

#### 4. Considerações Finais

Dado o exposto, pode-se concluir que as recentes análises empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de nomeação de ministros, prerrogativa, pois, do Executivo, se consumam com efeitos internos e externos ao Judiciário.

Internamente, com a propagação de decisões de magistrados de primeira instância suspendendo, assim como o Ministro Gilmar Mendes, a nomeação de um Ministro de Estado pelo Chefe do Poder Executivo. Externamente, com uma possível fragilização dos institutos democráticos e de representação do povo, visto que o compromisso firmado pelos membros do Judiciário é com a técnica, não com a representação.

Ademais, em se tratando de judicialização da política, o envolvimento do Judiciário se inicia apenas quando instado a se manifestar acerca de uma temática. Deste modo, o que se apresenta é que haja um controle e zelo por parte dos entes de cada poder, a fim de limitar a atuação de cada Instituto às incumbências atribuídas pela Constituição de 1998.

## 5. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 22 abril 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de Editorações e Publicações, 2015. 119p.

BOTTINI, Pierpaolo. **A judicialização da política**. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-judicializacao-da-politica/>. Acesso em: 10 janeiro 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação dos poderes**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FEREJOHN John; PASQUINO Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas**. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 270p.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Form, & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civill**. St. Paul's Churchyard, 1651. 370p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1452p.

NAGEL, Robert F. **Direito Político, Política Legalista: Uma História Recente da Teoria da Questão Política**. Tradução de Eliana Valadares Santos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 270p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 928p.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics**. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Aduauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 298p.

## LEGITIMIDADE E INTERESSE DO ESTADO PARA INTERVIR NAS CONSTRUÇÕES FAMILIARES: A EXIGÊNCIA DA MONOGAMIA COMO REQUISITO PARA O RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS

*Camila Schroeder Lucachinski\**  
*Álvaro Borges de Oliveira\*\**

**Palavras-chave:** união estável; construção familiar; poliafetividade; monogamia.

**Resumo:** Este ensaio tem como objetivo realizar uma abordagem crítica das novas construções familiares. Trata-se das uniões estáveis como modalidade de construção familiar, mais especificamente das uniões estáveis poliafetivas, as quais são formadas por três ou mais pessoas que, em consenso, convivem em um único relacionamento e compartilham o afeto entre si. Atualmente, esta modalidade de entidade familiar encontra óbice para o seu reconhecimento no instituto da monogamia. Destarte, esta pesquisa também aborda conceitos do dever de fidelidade e do instituto da monogamia. Além disso, se propõe a analisar se o Estado tem legitimidade e interesse para intervir nas construções familiares, na medida em que exige daqueles que pretendem ter sua relação reconhecida como uma união estável a observância de determinados requisitos, tendo como foco o instituto da monogamia. Verifica-se a necessidade e relevância de se estudar as novas construções familiares no fato de que a família tomada como modelo até boa parte do século XX entrou em crise e deu lugar à uma nova forma de construção familiar, cuja base norteadora deixa de ser essencialmente patrimonial e matrimonializada para dar lugar ao afeto e à autonomia da vontade das partes. Sendo assim, importa analisar o papel e interferência estatal na família do século XXI diante da constatada perda da força do Estado e da igreja como instâncias legitimadoras do afeto e da crescente rejeição da tabela de valores morais predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios protagonistas das relações afetivas. É dentro deste contexto jurídico e social que este ensaio visa realizar um estudo sobre

\* Camila Schroeder Lucachinski, acadêmica do décimo período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), campus Itajaí (SC). E-mail: slcamila94@gmail.com. Telefone: (49) 99901-8298. Link para currículo em plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5421233956727361>.

\*\* Álvaro Borges de Oliveira. Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor titular no curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), no campus de Itajaí (SC) e Balneário Camboriú (SC). E-mail: [alvaro@univali.br](mailto:alvaro@univali.br). Telefone: (47) 99711-2222. Link para currículo em plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4137219765294185>.

as relações poliafetivas, principalmente no que se refere ao instituto da monogamia como obstáculo ao reconhecimento dessas uniões, bem como analisar a legitimidade e o interesse do Estado em intervir nas construções familiares, na medida em que elenca requisitos para o seu reconhecimento que não mais condizem com a realidade experienciada por muitos daqueles que as compõem. Para tanto, quanto aos aspectos metodológicos, faz-se uso das técnicas de pesquisa bibliográfica e, na fase de investigação, sob o prisma dos referentes estabelecidos, utiliza-se o método indutivo para pesquisar e identificar os conceitos, ideias e posicionamentos doutrinários que constroem este ensaio. Com isso, foi possível vislumbrar a urgente necessidade de se redefinir o papel interventor do Estado nas construções familiares, a fim de que situações que inegavelmente existem no plano fático e que se legitimam na autonomia da vontade das partes surtam todos os direitos e deveres no plano jurídico. Por fim, verifica-se que o direito de família deve ser constantemente alimentado de estudos, análises e construções hermenêuticas, a fim de que se possa aproximar o regramento jurídico da família das construções familiares que de fato existem na sociedade brasileira. Sendo assim, percebe-se a necessidade de se dar à poliafetividade tratamento jurídico idêntico ao que hoje é dado às demais entidades familiares juridicamente reconhecidas.

**Key-Words:** common-law marriage; familial structures; poly-affection; monogamy.

**Abstract:** This essay has the goal to carry out an analytical approach of the new familial structures. It broaches the matter of common-law marriages formed by three or more individuals whom, by consent, relate in a single relationship and share affection amongst themselves. Presently, this family entity model finds hindrance for its recognition in the monogamy institute. This research also approaches the concepts of the duty of fidelity and the monogamy institute. Beyond that, it proposes to analyze whether the State has legitimacy and interest to intervene in familial structures, in so far as it demands of those who intend to have their relationship recognized as a common-law marriage the observance of certain requirements, focusing on the monogamy institute. The need and relevance to study the new familial structures is confirmed based upon the fact that the family perceived as standard, up to most part of the 20th century, has reached a point of crisis and given space to a new form of familial structure, in which the base goes from being essentially patrimonial and matrimonial to being open to affection and to the autonomy of the will of the parts. That being, it matters to analyze the role and interference of the state in the 21st century family ahead of the observed loss of strength of State and church as legitimizing instances of affection and the growing rejection of the moral values chart predetermined by any external entity that not the protagonists of the

relationships. It is within this social and legal context that this essay aims to perform a study on the poly-affective relationships, mainly in that which refers to the institute of monogamy as the obstacle to the recognition of these unions, as well as analyze the legitimacy and interest of the state in intervening in the familial structures, as it lists requirements to its acknowledgment that no longer match the reality experienced by many of those who compose it. For this purpose, concerning the methodological aspects, bibliographic research techniques are applied and, on the inquiry phase, under the prism of the established references, the inductive method is applied to research and identify the concepts, ideas and doctrinal positioning that build this essay. With that, it has been possible to contemplate the urgent need to redefine the role of the interventionist of the state in the familial structures, so that situations that undoubtedly exist in the factual level and that are legitimized based upon the autonomy of the will of the parts, to generate all the legal rights and duties. Finally, it is verified that the familial right should be constantly fed by studies, analyses and hermeneutic constructions so that it is possible to draw the legal regulation of families closer to the familial structures that actually exist in Brazilian society. That being so, it is verified the need to give poly-affection identical legal treatment to the one that is given today to the legally recognized familial entities.

## 1 Introdução

O presente ensaio tem como objeto a abordagem crítica e conceitual das novas construções familiares, com foco nas famílias poliafetivas, que são aquelas formadas por três ou mais pessoas que, em consenso, convivem em um único relacionamento afetivo, formando uma entidade familiar (DIAS, 2016). Além disso, objetiva-se também analisar a legitimidade e interesse do Estado para intervir nas construções familiares, a ponto de exigir-lhes requisitos para que assim as reconheça. Exemplo de requisito e foco do presente estudo é o instituto da monogamia.

Aquela família tomada como modelo pela legislação civil brasileira desde a colônia e durante boa parte do século XX, notadamente patriarcal e matrimonializada, entrou em Crise<sup>1</sup> no plano jurídico, diante dos valores introduzidos pela Carta Magna de 1988, mormente, a partir daí, passaram a deixar de lado um caráter essencialmente patrimonial para tomar o afeto como base norteadora da sua formação (SILVA, 2013).

<sup>1</sup> Crise é a perda dos fundamentos de um determinado paradigma em virtude do advento de outro (LÔBO, 2011).

Em conformidade com estudos de Gagliano e Pamplona Filho (2015), verifica-se a perda da força do Estado e da igreja como instâncias legitimadoras do afeto, bem como a crescente rejeição da tabela de valores morais predeterminados por qualquer entidade externa aos próprios protagonistas das relações afetivas como fatores que apontam para a relevância desta pesquisa.

É dentro deste contexto jurídico e social que este ensaio visa realizar um estudo sobre as relações poliafetivas, principalmente no que se refere ao instituto da monogamia como obstáculo ao reconhecimento dessas uniões, bem como analisar a legitimidade e o interesse do Estado em intervir nas construções familiares, na medida em que elenca requisitos para o seu reconhecimento que não mais condizem com a realidade experienciada por muitos daqueles que as compõem.

Estabelecidos tais objetivos, o presente artigo é dividido em três partes: a um, realiza-se um apanhado conceitual de entidade familiar; a dois, trata-se das uniões estáveis como modalidade de construção familiar, mais especificamente das uniões estáveis poliafetivas e suas bases legitimadoras; a três, aborda-se conceitos do dever de fidelidade e do instituto da monogamia, bem como analisa-se a legitimidade e interesse do Estado para exigir daqueles que pretendem ter sua relação reconhecida como união estável a observância do referido instituto.

No que se refere à metodologia empregada, na fase de investigação, “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” (PASOLD, 2015, p. 87), utiliza-se o método indutivo, o qual, nas palavras de Pasold (2015, p. 91), consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. Além disso, fez-se uso também das técnicas da pesquisa bibliográfica, que, segundo referido Autor, é “técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, 2015, p. 2015).

Quanto às limitações deste trabalho, salienta-se que a análise e abordagem conceitual aqui realizada tem como foco as entidades familiares poliafetivas. Assim, no que diz respeito à intervenção do Estado nas construções familiares, este estudo limita-se a analisar a exigência da monogamia como instituto necessário ao reconhecimento de uniões estáveis no Brasil, não sendo, portanto, aqui esgotados os requisitos exigidos para o reconhecimento desta modalidade de entidade familiar.

## 2 Entidade Familiar

O conceito de entidade familiar, ou simplesmente família, reveste-se de alta significação não só jurídica, mas também psicológica e social, de modo que impõe um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de que não se corra o risco de cair no "lugar-comum da retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 38).

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Constituição Federal de 1988 estabelece novos paradigmas para a apreensão jurídica da família, sendo necessário concebê-las como relações constantemente mutáveis e adaptáveis, que “[...] se constroem e se reconstróem na permanente confrontação, interpretação/aplicação da norma, revigorada pelos influxos dos fatos e da dinâmica social (IBDFAM, 2014, p. 06).

Dias (2016) atenta para a amplitude conceitual que versa o instituto da família, uma vez que, a partir do momento em que deixou de ter cunho essencialmente econômico e reprodutivo para dar lugar ao amor, a família passou a ter várias representações sociais.

Neste viés, referida Autora, no que salienta ser uma tentativa conceitual, assevera que a família é uma construção cultural e aponta a Lei Maria da Penha<sup>2</sup> como consagradora do seu conceito mais atual, ao passo que a identifica como sendo "a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa".

Em determinado momento histórico, dominado pelos ideais religiosos, a sociedade determinou o casamento como regra de conduta, onde os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, com amplo incentivo à procriação, extremamente patrimonializada, de perfil hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2016).

Neste contexto, a revolução industrial foi o momento histórico social em que se deu a valorização do afeto no núcleo familiar, após o que o fenômeno da globalização passa a impor constantes alterações de regras, leis e comportamentos no meio jurídico, econômico e social.

A partir daí, principalmente, o legislador não consegue mais acompanhar a realidade social e nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se e rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das

<sup>2</sup> Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em 01/03/2017.

leis (DIAS, 2016).

Assim, para que os direitos e deveres de toda uma sociedade sejam abrangidos pelo ordenamento jurídico que a rege, ele não pode ignorar as dinâmicas sociais, culturais e científicas que inevitável e constantemente ocorrem, sob pena de encontrar-se estagnado e mumificado em um mundo irreal, sem qualquer eficácia (PEREIRA, 2004).

É com fulcro neste entrave dentro do regramento jurídico da família que Gagliano e Pamplona Filho (2015) questionam se o sistema constitucional esgotou todas as formas de família ou se a ordem constitucional apenas mencionou as categorias familiares mais comuns, sem a pretensão de estabelecer um rol taxativo.

A partir de tal indagação, aqueles Autores acentuam que as modalidades de família consagradas pela Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 226, são exemplificativas, e apenas por serem as formas familiares mais comuns é que têm referência expressa.

Destarte, as demais categorias familiares estão implicitamente incluídas no âmbito de abrangência e indeterminação de que se reveste o conceito de família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

Outrossim, Lôbo (2011), ao tratar da inexistente hierarquia entre qualquer modalidade de entidade familiar, seja ela expressa ou implicitamente prevista na Constituição Federal de 1988, acentua que referida Carta Magna, em seu Artigo 226, não faz menção específica de qualquer tipo determinado de construção familiar.

Isso significa dizer que não há cláusula de exclusão, mas sim cláusula geral de inclusão, de modo que o que se põe sob tutela constitucional é simplesmente família, qualquer que seja a sua formação.

Tratando-se, então, de conceito dotado de subjetividade e indeterminação, a delimitação e conceituação das entidades familiares depende da concretização dos tipos no meio social e na experiência de vida, conduzindo ao que Lôbo (2011) caracteriza como um conceito de tipicidade aberta, dotado de ductilidade e adaptabilidade.

Pires (2013) salienta que o termo família, quando constitucionalmente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, não é redutor e sua definição legal não objetiva – ou não deve objetivar – limitar e oprimir a vontade individual manifestada na construção familiar de cada ser:

“bem de todos”, previsto no inciso IV, do art. 3º, CF, já de per si dá a ideia de que não pode haver, em hipótese alguma, preconceito e ataque à dignidade da pessoa humana no Brasil, sob qualquer forma: raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, deve-se tratar igualmente todos os tipos de união estável (PIRES, 2013, p. 01)

Dias (2016) vai além ao analisar a não taxatividade das construções familiares abrangidas pela proteção constitucional partindo do pressuposto de que é preciso demarcar o limite de intervenção do Direito na organização familiar, a fim de que a criação de normas inicialmente protetoras e garantistas não interfiram nas construções familiares de modo a prejudicar o princípio da liberdade e a autonomia da vontade.

Imperioso questionar ainda se o Estado, mesmo tendo interesse na preservação da família, é dotado de legitimidade para interferir na sua formação, invadindo a esfera da privacidade, liberdade e intimidade dos indivíduos que a formam, o que será melhor explanado em tópico posterior.

### 3 Famílias Poliafetivas

Dentre as modalidades de entidade familiar reconhecidas pela Constituição Federal de 1988 está a união estável, que é aquela relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

Dias (2016), ao seu turno, empresta o conceito de família - como sendo esta qualquer relação íntima de afeto - para identificar a existência de união estável, explicando que tal instituto é “simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam desta relação” (DIAS, 2016, p. 242).

Questão de grande controvérsia no âmbito jurídico é o surgimento da união estável poliafetiva, a qual, nas palavras de Fernandes (2016), é compreendida como aquela em que três ou mais pessoas relacionam-se de maneira simultânea em um único vínculo familiar.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2015), poliafetividade é a coexistência de duas ou mais relações afetivas em que os seus partícipes se conhecem e se aceitam, numa verdadeira relação múltipla e aberta.

Dias (2016), por sua vez, afirma que se trata de uma interação recíproca, na qual todos os envolvidos sabem da existência das outras relações, compartilhando entre si o afeto e formando uma única entidade familiar, em que todos moram sob o mesmo teto, tendo-se assim um verdadeiro casamento.

Cunha (2015), explica que muito embora sua presença seja comum em muitos ordenamentos jurídicos do mundo, como é o caso de alguns países da África e da cultura Árabe,

no Brasil tais uniões não são bem vistas devida à manutenção da monogamia como instituto base do direito de família.

É importante aqui salientar a diferença entre união paralela e união poliafetiva. Na primeira, o que ocorre é a existência simultânea de duas ou mais uniões de modo paralelo, ou seja, duas famílias, duas casas, duas entidades familiares com todas as características legais e que não se comunicam. Já a união poliafetiva, ou poliamor, compreende consenso. Trata-se de uma relação mantida entre três ou mais pessoas que buscam partilhar direitos e deveres de forma conjunta, igualitária e mútua (DIAS, 2016).

É o caso da escritura pública lavrada na cidade de Tupã, interior de São Paulo, em abril de 2012, que pela primeira vez reconheceu a união entre três pessoas, duas mulheres e um homem, no Brasil. Os três parceiros já conviviam em união estável por três anos e desejavam tornar pública a sua convivência para a garantia dos direitos dela decorrentes.

Atentando para a repercussão negativa que o reconhecimento da união supracitada teve quando da sua lavratura, Dias (2016, p. 284) destaca que negar a existência das famílias poliafetivas é impor a exclusão de todos os direitos que delas decorrem:

[...] a escritura pública declaratória de união poliafetiva de um homem com duas mulheres repercutiu como uma bomba. Foi considerada por muitos como nula, inexistente, além de indecente, é claro. E acabou rotulada como verdadeira afronta à moral e aos bons costumes.

Ao tratar do pioneirismo da escritura, referida Autora acentua a transparência, honestidade e livre manifestação da vontade dos três envolvidos: “[...] lealdade não lhes faltou ao formalizarem o desejo de ver partilhado, de forma igualitária, direitos e deveres mútuos, aos moldes da união estável, a evidenciar a postura ética dos firmatários” (DIAS, 2016, p. 285).

Importa mencionar a nota de esclarecimento feita pelo Colégio Notarial do Brasil, da seção do Estado de São Paulo, quando da lavratura da referida escritura:

Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, frente à repercussão sobre a escritura pública de reconhecimento de união poliafetiva, recentemente lavrada em Tupã (SP), informa que a atuação dos notários é pautada pela independência. Assim, destaca que a ação foi um posicionamento individual da tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues, não tendo havido, nesse sentido, qualquer orientação institucional desta entidade, que representa os cartórios de notas do Estado de S. Paulo. É importante frisar, também, que os tabeliães de notas, exatamente por causa de sua independência funcional, respondem pessoalmente pelos atos que praticam. Assim, cabe a cada um pautar a sua atuação de forma a garantir validade e eficácia aos atos que praticam (MACHADO, 2012).

Pires (2013), ao tratar do tema, posiciona-se no sentido de que a intimidade e o amor precedem ao Estado Contemporâneo, e, desde que não se choque com direitos de terceiros, a

conduta amorosa do indivíduo deve ser livre.

Outrossim, o não reconhecimento da poliafetividade pelo Direito de família aponta também para a manutenção de uma sociedade essencialmente patriarcal, sustentando a velha ideia de que “o homem pode ter quantas mulheres quiser porque a Justiça não lhe impõe qualquer ônus” (DIAS, 2016, p. 138).

Isso porque o não reconhecimento da poliafetividade importa na conseqüente marginalização dessas relações e acaba por eximir os seus partícipes de quaisquer responsabilidades advindas com a relação, tanto entre si quanto em relação à terceiros.

Destarte, a rejeição de uma inequívoca realidade social e afetiva por motivos de ordem moral, religiosa ou preconceituosa com relação à poliafetividade acaba por gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou frente aos outros partícipes da união.

Inferese, assim, que negar a existência jurídica das famílias poliafetivas é negar aos indivíduos que opção por assim viver, bem como àqueles frutos dessas relações, direitos inerentes à sua própria condição humana. Isso gera efeitos sintomáticos quando levados em consideração o direito a alimentos, o direito sucessório e assistencial, por exemplo (DIAS, 2016).

No panorama atual, a Corregedoria Nacional de Justiça, em março de 2016, diante das crescentes lavraturas que até então estavam reconhecendo uniões estáveis poliafetivas, sugeriu aos cartórios de todo o Brasil que não mais lavrassem escrituras nesse sentido até que fossem concluídos os estudos e pareceres daquele Conselho sobre o tema.

A ministra Nancy Andrighi, Corregedora à época, esclareceu que não se tratava de uma proibição, mas sim de uma sugestão: “Essa é apenas uma sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade esse tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva” (ANDRIGHI, 2016).

Tal orientação ocorreu depois de representação feita pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que pede a regulamentação da matéria pelo CNJ por entender que o reconhecimento do poliamor é inconstitucional (CNJ, 2016).

O órgão indeferiu o pedido liminar de proibição de lavratura de escrituras públicas nesse sentido mas orientou os cartórios do país a aguardarem a regulamentação da matéria, diante da complexidade do tema e dos reflexos jurídicos que o reconhecimento de tais uniões inevitavelmente gera no Direito Sucessório, Previdenciário e de Família.

Muito embora traçados objetivos, estudos e audiências públicas para o debate sobre o reconhecimento de uniões estáveis poliafetivas, até o presente momento a Corregedoria

Nacional de Justiça não manifestou posicionamento definitivo (CNJ, 2016).

Este também é o posicionamento de Silva (2012), que considera a monogamia e o dever de fidelidade como fatores que corroboram para a exclusão de muitas famílias, fazendo com que vivam à sombra da sociedade, encobertas pelo sentimento de vergonha e censura.

#### 4 Legitimidade e Interesse do Estado nas Construções Familiares

A doutrina brasileira enumera, de forma não uníssona, uma série de princípios e elementos que caracterizam as uniões estáveis e legitimam o seu reconhecimento no Brasil.

Quanto aos requisitos e elementos caracterizadores da família, aquela parcela de doutrinadores e operadores jurídicos que colocam a afetividade como base condutora do regramento da família, como por exemplo Dias (2016), Gagliano e Pamplona Filho (2015), põe à baila a legitimidade do Estado para interferir na intimidade do indivíduo a ponto de exigir-lhe a presença do instituto da monogamia nas suas relações afetivas, para que só assim as reconheça como uma união estável.

Neste viés, referida corrente doutrinária questiona o papel jurídico da monogamia e trata da sua inaplicabilidade na sociedade atual, tendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade como bases norteadoras de seus estudos.

Importa aqui salientar que o dever de fidelidade e o instituto da monogamia estão intimamente ligados, mormente o conceito do termo fidelidade estar correlacionado à exclusividade de parceiro(a) (DIAS, 2016).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2015), muito embora a fidelidade seja um valor juridicamente tutelado, não se deve tomar a monogamia como princípio e nem como requisito para o reconhecimento de construções familiares. Para os Autores, a monogamia trata-se apenas de uma nota característica da sociedade ocidental, jamais devendo ser considerada como um padrão valorativo absoluto.

Ao tratar dos princípios do direito de família, Dias (2016, p. 45) é categórica ao fazer essencial ressalva à monogamia:

Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. Anda que a lei recrimine de diversas formas quem descumpra o dever de **fidelidade**, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, até porque a Constituição não a contempla. Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adúlteras ou incestuosas.

Neste mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2015) asseveram que também não se trata de um instituto cuja observância deva ser obrigatória, mormente, sob a perspectiva do princípio da intervenção mínima do Estado na família e do disposto no Artigo 1.513 do Código Civil brasileiro, é “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Silva (2012), em entrevista ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), vai além e assevera que, além de a monogamia não se sustentar como princípio do instituto jurídico da família, é também instrumento de exclusão de muitas famílias.

Isso porque, perpetuando a monogamia como um requisito ao reconhecimento de uniões estáveis, o Estado faz com que muitas famílias que inegavelmente existem sejam simplesmente invisíveis no plano jurídico.

Silva (2012, p. 01) ainda destaca que a monogamia, observada sob um caráter absoluto e principiológico, não subsiste frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da liberdade e da democracia:

A monogamia, como norma jurídica, é submetida a um banco de provas que tem como referencial os princípios constitucionais. A conclusão é de que a reconfiguração das conjugalidades contemporâneas – sob o signo da pluralidade das entidades familiares e da potencialização do exercício da liberdade nas situações subjetivas existenciais não admitem – é incompatível com um princípio que se prestou à tutela de uma outra família de natureza marcadamente matrimonializada, patriarcal, hierárquica, transpessoal, incompatível como seu redesenho contemporâneo.

Dias (2016), por sua vez, destaca que a figura do Estado deve ser redimensionada para que, na prática, sua faceta interventora no seio familiar seja minimizada. E ainda acentua que compreender a evolução do Direito de família importa no reconhecimento e desenvolvimento de uma nova cultura jurídica, que estabeleça uma repersonalização das relações afetivas baseada no estabelecimento do afeto como sua base norteadora.

É nesse contexto que Gagliano e Pamplona Filho (2015) fundamentam o descabimento da monogamia como requisito para o reconhecimento das construções familiares atuais, uma vez que “o Estado e a Igreja deixaram de ser necessárias instâncias legitimadoras da família, para que se pudesse, então, valorizar a liberdade afetiva do casal na formação do núcleo familiar”, p. 42).

Outrossim, quanto ao cenário atual, Silva (2016) destaca que o Brasil não mostra-se favorável ao reconhecimento das uniões poliafetivas e ao recuo do papel interventor do Estado na vida afetiva do brasileiro, pois o país vive um momento de “recrudescimento de posturas

conservadoras e autoritárias, temperadas de um inegável fundamentalismo religioso” (SILVA, 2016, p.01).

Há nítida mobilização de setores no parlamento e fora dele que são autêntica expressão de retrógrados preconceitos, de manifestações de homofobia, misoginia, etc. Esses setores sentem-se, nesse momento, fortalecidos em razão de que seus representantes têm alcançado certo protagonismo político. Contudo, [...] o Poder Judiciário tende a atuar de forma mais cautelosa e técnica, recusando, ao menos em tese, o contágio das pressões conjunturais da política (SILVA, 2016, p.01).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), ao tratar da necessidade de o Poder Judiciário repensar o tratamento jurídico dado às conjugalidades contemporâneas, tratamento este impreterivelmente desvinculado dos óbices estatais, afirma que “o tema das famílias simultâneas constitui apenas a ponta do iceberg. Presta-se como mote para o repensar da apreensão jurídica da conjugalidade” (IBDFAM, 2014, p. 14).

A questio iuris ora sub iudice transcende a mera discussão sobre os possíveis efeitos jurídicos que se podem reconhecer às uniões simultâneas. Trata-se, antes e sobretudo, da possibilidade de dar novo tratamento às múltiplas expressões de conjugalidade que se configuram contemporaneamente. Este exercício é fundamental para que o Direito não tome sustos, como se fosse um cidadão do século XIX que aporta na sociedade do século XXI. Não se trata, por outro lado, de elogio desmesurado e acrítico ao novo. Aliás, é necessário começar pela História. (IBDFAM, 2014, p. 14).

Assim, infere-se que não há base legitimadora para a intervenção do Estado nas construções familiares, carecendo-lhe legitimidade e interesse para exigir, como atualmente o faz, a presença do instituto da monogamia nas construções familiares, para que só assim lhes garanta os direitos delas decorrentes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

Necessário então se faz a substituição da concepção de família-instituição para o que Dias (2016) chama de família-instrumento, ou seja, o reconhecimento de que a família também é sistema através do qual seus integrantes desenvolvem-se biopsicossocialmente, estando aí, inclusive, a justificativa da necessária proteção da família pelo Estado, porém de maneira não interventora e limitadora (DIAS, 2016).

Infere-se também que, mesmo a poliafetividade não sendo um padrão comportamental na sociedade ocidental, não se pode por isso negar a sua existência, de modo que, o simples fato de o poliamor ser uma realidade social cada vez mais recorrente, há a relativização da concepção monogâmica das relações afetivas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015).

## 5 Considerações Finais

Das leituras, pesquisas e reflexões realizadas para construir a presente pesquisa, pode-se perceber que carece de estudo analisar e repensar a legitimidade do Estado para intervir nas relações familiares, a ponto de lhes exigir o cumprimento de requisitos que não mais condizem com a realidade nelas experienciada.

Conforme pode-se extrair dos estudos de Dias (2016), Pereira (2015), Gagliano e Pamplona Filho (2015) e das demais bases doutrinárias utilizadas na construção deste ensaio, as mudanças políticas, econômicas e sociais produzem reflexos diretos na organização dos sistemas sociais de todo e qualquer indivíduo.

Assim, não seria diferente com o sistema familiar, que, muito embora seja essencial para as estruturas sociais e do próprio Estado (DIAS, 2016), exige uma reformulação do seu conceito e regramento jurídico.

Infere-se, então, que é preciso enxergar a família como instrumento de realização de interesses individuais, de afetividade e da própria existência de cada indivíduo que a compõe, sempre através dos ideais de solidarismo, igualdade, liberdade e humanismo voltados à proteção da pessoa humana.

Por este viés, reconhecer-se-ia entidades familiares não pela sua forma e sim levando-se em consideração a função que desempenham na construção afetiva daqueles que se relacionam (MOARES, 2010).

Destarte, doutrinariamente assentado que família é grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo recalçado a ideia de família essencialmente patriarcal e economicamente vinculada, aponta-se para uma nova roupagem axiológica do Direito de família. Deixa-se de lado o que Dias (2016) chama de família-instituição para reconhecer a família-instrumento.

Neste contexto, vislumbra-se a urgente necessidade de se redefinir o papel do Estado como interventor nas entidades familiares, a fim de que situações que inegavelmente existem no plano fático e que se legitimam na autonomia da vontade das partes surtam todos os direitos e deveres no plano jurídico.

Nesse diapasão, partiria o regramento jurídico da família de uma visão pluralista, de modo a então reconhecer e proteger quaisquer arranjos familiares, de modo que o elemento caracterizador de família seja a vontade das partes que formam referido sistema.

Imperioso ainda é incluir a poliafetividade no regramento jurídico das famílias tendo

em vista as repercussões que a sua simples existência, mesmo que não reconhecida no plano jurídico, geram frente à direito de terceiros, no Direito sucessório e previdenciário, por exemplo.

Por fim, verifica-se que o direito de família deve ser constantemente alimentado de estudos, análises e construções hermenêuticas, a fim de que se possa aproximar o regramento jurídico da família das construções familiares que de fato existem na sociedade brasileira. Sendo assim, relevantes serão os estudos que objetivem demonstrar e analisar a necessidade de se dar à poliafetividade tratamento jurídico idêntico ao que hoje é dado às entidades familiares juridicamente reconhecidas.

## 6 Referências

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três.**

Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em: 02/03/2017.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **CNJ recomenda que cartórios não façam escrituras de uniões poliafetivas.** Disponível em

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5986/CNJ+recomenda+aos+cart%C3%B3rios+que+n%C3%A3o+fa%C3%A7am+escrituras+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>. Acesso em 04/03/2017.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **IBDFAM vai atuar como Amicus Curiae no STF.** Disponível em

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5427/IBDFAM+vai+atuar+como+Amicus+Curiae+no+STF+>. Acesso em 20/03/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em 01/03/2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil Brasileiro.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 01/03/2017.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm). Acesso em 01/03/2017.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria Analisa Regulamentação do Registro de Uniões Poliafetivas.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221->

corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas. Acesso em 02/03/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Poliafetividade, alguém dúvida que existe?** Disponível em [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf). Acesso em 15/03/2017.

FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. **Famílias simultâneas e poliafetivas: Dona Flor, Cadinho e Seu Quequé na busca da tutela jurisdicional**. Disponível em: <http://emporioidireito.com.br/familias-simultaneas-e-poliafetivas/>. Acesso em: 02/03/2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Mateus Brandão. **Nota de Esclarecimento**. Disponível em <http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NTE3NQ==&filetro=1>. Acesso em 02/03/2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13ª Edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito das Famílias e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PIRES, Antônio. **União Poliafetiva**. Disponível em <https://antoniopires.jusbrasil.com.br/artigos/121940655/uniao-poliafetiva>. Acesso em 02/03/2017.

SILVA, Marcos Alves da. Da Monogamia: A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Marcos Alves da. **Entrevista sobre a superação da monogamia como princípio jurídico**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4742/Entrevista+sobre+a+supera%C3%A7%C3%A3o+da+monogamia+como+princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico>. Acesso em: 03/03/2017.

## NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO PARADIGMA PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

*Neyllon Rangel de Souza\**

**Palavras-chave:** novo constitucionalismo sul-americano; jurisdição constitucional; plurinacionalismo; Bolívia.

**Resumo:** Nas próximas linhas se analisará o fenômeno do Novo Constitucionalismo Sul-americano, mais especificamente, sua expressão na jurisdição constitucional para a consecução da supremacia da Lei Maior perante o ordenamento jurídico, a partir do paradigma plurinacional boliviano. Na busca por uma abordagem inclusiva e ao mesmo tempo pormenorizada da moderna teoria constitucional emergente na América do Sul, por meio de um método dialético e do uso de procedimentos instrumentais, tais como o bibliográfico, jurisprudencial e legislativo, se esclarecerá o desenvolvimento dos institutos processuais constitucionais no sistema jurídico regional mais recente, estabelecido após a promulgação da nova Constituição da Bolívia de 2009, para a construção de uma sociedade democrática, plurinacional e descolonizada.

**Keywords:** New South American constitutionalism; judicial review; plurinationalism; Bolivia.

**Abstract:** In the next lines, the phenomenon of the New South American Constitutionalism will be analyzed, more specifically, its expression in the judicial review for the achievement of the Charter supremacy towards the legal order, since the Bolivian plurinational paradigm. In pursuit of an inclusive and at the same time detailed approach of the emerging modern constitutional theory in South America, through a dialectical method and the use of instrumental procedures such as bibliographical, jurisprudential and legislative, the development of constitutional procedural concepts will be clarified in the most recent regional legal system, established after the promulgation of Bolivia's new Constitution of 2009, for the construction of a democratic, plurinational and decolonized society.

\* Especialista em Direito Público - PUC/MG. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - FND/UFRJ. Pesquisador e Advogado. Email: neyllonr@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5872341808906793>.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, ratificada por referendo realizado em 15 de janeiro de 2009 e promulgada pelo presidente Evo Morales em 7 de fevereiro de 2009, emergiu após um contexto de forte instabilidade política e social. Crises como a “Guerra da Água” em 2000, a “Guerra do Gás” em 2003, e a renúncia seguida de dois presidentes, após intensos protestos populares, e por fim, a eleição do ex-líder sindical cocaleiro indígena, Evo Morales, em 2005.

Com amplo apoio dos movimentos sociais sindicais, camponeses e indígenas, o novo texto da Carta Magna trouxe profundas transformações na estrutura social e administrativa do Estado Plurinacional boliviano, as quais serão futuramente aprofundadas, mormente no que tange ao objeto dessa pesquisa, qual seja, a configuração do Tribunal Constitucional Plurinacional e seus instrumentos jurisdicionais.

Nesse sentido, a escolha deste específico texto normativo constitucional se deve ao seu caráter neófilo diante dos demais textos constitucionais da América do Sul e ao seu ineditismo e originalidade, ao implementar garantias e institutos nunca antes observados. Considerando também seu marco teórico-filosófico e epistemológico, inserido-o em um conjunto de países que também contempla Colômbia, Venezuela e Equador, o Novo Constitucionalismo Sul-americano.

Destarte, em busca de uma maior rigor terminológico, utiliza-se no presente trabalho o termo “Novo Constitucionalismo Sul-americano”<sup>1</sup> ao invés das variações “Novo Constitucionalismo Andino” e ainda “Novo Constitucionalismo Latino Americano” encontradas na doutrina.

Por uma precisão metodológica prefere-se o uso do gentílico Sul-americano por não se confundir com a profusão semântica de caráter étnico, político, geográfico, histórico, antropológico, social e etcetera trazida pelo termo “Latino Americano”<sup>2</sup>.

Isto posto, além de uma análise acerca do peculiar fenômeno constitucional existente na região da América do Sul - notadamente suas implicações observadas na Bolívia - o presente trabalho encara a cogência normativa constitucional e também aborda elementos do sistema de

<sup>1</sup> O termo também é utilizado pelo professor da UFMG, José Luis Quadros de Magalhães, em diversos textos.

<sup>2</sup> SILVA, Carolina Cyrillo Machado da. É possível falar em um Constitucionalismo Sul-Americano? Disponível em: < <http://emporiadodireito.com.br/e-possivel-falar-em-um-constitucionalismo-sul-americano-por-carolina-machado-cyrillo-da-silva/>>. Acesso em: 30/07/2017.

revisão judicial das normas postas pelo legislativo e executivo, além das demais ações constitucionais, sob o prisma do plurinacionalismo.

Mormente pela observação do desenvolvimento dos mecanismos capazes de assegurar a preponderância das previsões contidas na Carta Maior sobre as demais normas do ordenamento jurídico, por meio dos instrumentos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade e as ações constitucionais para garantia dos direitos fundamentais, visando à consecução e efetividade das normas, princípios e direitos contidos no texto constitucional.

## 2 DEBATES SEMÂNTICOS E TERMINOLÓGICOS ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO

Ao invés das variações “Constitucionalismo Andino” e ainda “Novo Constitucionalismo Latino Americano” encontradas na doutrina, em busca de um maior rigor terminológico, utiliza-se no presente trabalho o termo “Novo Constitucionalismo Sul-americano” para diferenciá-lo da abordagem eminentemente ideológica e antropológica majoritária.

A utilização da classificação Novo Constitucionalismo Latino-americano é amplamente deveras hegemônica. Difundida internacionalmente pelos professores espanhóis Ruben Martinez Dalmau e Roberto Viciano Pastor (2010. p. 9), e outros grandes pesquisadores e pensadores do Direito Constitucional da região, como Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 8) e José Ribas Vieira (2013, p. 185), para citar alguns nomes. O termo popularizou-se na medida em que o fenômeno superava preconceitos e adentrava as portas da academia para ser seriamente estudado.

O Professor argentino, Roberto Gargarella (2015, p. 1), também critica tal classificação, propondo uma outra, afirmando que as supostas inovações trazidas pelas “novas constituições” - segundo o professor, ainda que fossem adotados critérios meramente cronológicos para justificar o uso do juízo qualitativo “novo”, tal utilização seria pertinente, contudo, bastante desinteressante - não são necessariamente inéditas se confrontados com os textos anteriores aos marcos fundadores do “Novo” constitucionalismo regional, aqueles classificados como “Velho” constitucionalismo.

Nesse sentido, o professor propõe uma abordagem considerando que ao identificar as peculiaridades comuns a todos os textos constitucionais da região, é possível classificá-las em duas partes principais “(...) that is, in one organic section, which refers to the organization of power, and in one dogmatic section, which involves the declaration of rights.” (GARGARELLA, 2015, p.3)

Contudo, no presente trabalho, por uma precisão metodológica, prefere-se o uso do gentílico Sul-americano por não se confundir com a profusão semântica de caráter étnico, político, geográfico, histórico, antropológico, social e ideológico trazido pelo termo “Latino Americano”.

Outrossim, a América do Sul possui um conjunto de instituições que buscam produzir um esforço teleologicamente orientado para a construção de uma integração regional, materializado na criação da UNASUL em 2008<sup>3</sup>, com o objetivo de difundir valores democráticos e de permitir a existência de um espaço para a deliberação política e econômica entre seus dirigentes nacionais, na busca de soluções de conflitos e na promoção do desenvolvimento regional.

Segundo a professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Carolina Cyrillo Machado da Silva (2015, p. 2), o *topoi* do *nuevo constitucionalismo* e *viejo constitucionalismo*, além do uso da classificação polissêmica *latino-americano* cria uma cisão no Direito Constitucional da região, o que seria contraproducente tendo em vista o esforço institucional político-jurídico pela integração entre os países sul-americanos - materializado na construção coletiva da UNASUL, iniciando suas atividades em 2008 - como objetivo principal na temática geopolítica regional.

Destarte, segundo Silva (2016, p. 2) “América do Sul existe como região geográfica e como região jurídica, América latina não.”

A professora lembra que a previsão de participação popular, mormente no processo de reforma constitucional, não é novidade exclusiva dos textos constitucionais expoentes do *nuevo* constitucionalismo - Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia - haja vista que os textos da Constituição da República Argentina de 1853 e do Uruguai de 1967 trazem em seu bojo mecanismos de participação popular durante o processo de reforma constitucional (SILVA, 2015, p. 13).

Esse argumento refuta a ideia de que a previsão de instrumentos de participação popular na reforma constitucional seja determinante para classificar as constituições em “novas” ou “velhas”.

Essa constatação não corrobora a ideia de que os representantes do constitucionalismo liberal-conservador *criollo*, associados ao *viejo* constitucionalismo, segundo a classificação

<sup>3</sup> O fortalecimento da integração entre as nações sul-americanas se inicia a partir de 2003, com o acordo entre o MERCOSUL e a Comunidade Andina de Nações, desse processo se origina a CASA (Comunidade Sul-Americana de Nações), originando posteriormente a UNASUL, que surge oficialmente em 2008.

adotada pela doutrina de Viciano e Dalmau (2011, p. 309) - essa interessante influência doutrinária ibérica no estudo do Novo constitucionalismo latino-americano contradiz as pretensões descoloniais do fenômeno, obviamente, sem negar a qualidade dos trabalhos desenvolvidos por esses autores - não compartilham desse ponto de contato, qual seja, a participação popular, com as demais Cartas Políticas sul-americanas.

Seguindo o raciocínio, ao propor analisar as instituições constitucionais do subcontinente sul-americano a nível político-jurídico como um conjunto, assevera Carolina Cyrillo que “(...) não apenas por uma questão geográfica, mas por uma questão incluyente. Pretende-se uma nova roupagem para o objeto de abordagem, capaz de incluir e integrar a região.” (SILVA, 2016, p. 2)

No entanto, concordar com a *vertente incluyente* ao abordar todas as constituições da América do Sul, ou alguns conjuntos de países, é em nada obstante da constatação de que há uma distinção axiológica entre aqueles textos definidos por parte da doutrina como pertencentes ao denominado “*Nuevo* constitucionalismo” - quais sejam, Colômbia, Venezuela, Equador e mais recentemente, Bolívia - por possuírem elementos convergentes entre si e divergentes daqueles da tradição classificada como expressão do “*Viejo* constitucionalismo”, permeados por elementos liberais-conservadores igualmente convergentes entre si.

Portanto, falar de um constitucionalismo sul-americano traduz o objetivo moderno de inclusão e integração sul-americana, a despeito do México - com sua trajetória constitucional particular - e das demais ilhas e repúblicas da América Central, que historicamente mais gravitaram a América do Norte que ao Sul por questões políticas, históricas e econômicas.

Assim, a adoção da *abordagem inclusiva* (SILVA, 2016, P. 2) em nada obsta o reconhecimento da originalidade dos textos constitucionais desenvolvidos na região nas últimas décadas, que possuem pontos comuns entre si, sem congêneres nos demais textos constitucionais regionais, indo muito além das previsões de participação popular na reforma constitucional, que, como demonstrado, não pode ser considerado um elemento determinante.

Nesse sentido, pelo contrário, o reconhecimento da existência de um *novo constitucionalismo sul-americano* pressupõe a existência de um *constitucionalismo sul-americano* anterior, apenas destacando seu caráter neófito e as características inéditas que trazem, no que tange às questões de legitimidade democrática desses textos constitucionais, o respeito aos direitos indígenas em uma dimensão plurinacional, o reconhecimento da *pachamama* como sujeito de direitos, seus mecanismos de tentativa de superação das

desigualdades sociais e colônias, além de uma série de outros elementos sistêmicos nunca antes observados.

Nesse diapasão, o novo constitucionalismo sul-americano seria mais uma espécie do gênero *constitucionalismo sul-americano* - de desdobramentos mais complexos como um todo e que transcendem as pretensões do presente trabalho - sendo responsável por conhecer as peculiaridades dos marcos teórico-filosóficos constitucionais de determinados países da região, trazendo uma visão não excludente, mas pormenorizada dessas novas tradições democráticas. Portanto, não apenas pode-se falar de um constitucionalismo sul-americano, mas, outrossim, de um novo constitucionalismo sul-americano.

Tal narrativa não almeja promover uma tensão capaz de prejudicar o cotejo sistêmico constitucional da região como um todo. Pelo contrário, enseja a construção em detalhes da moderna tradição constitucional dos países sul-americanos, reconhecendo sua unidade, malgrado valorizando suas originalidades.

Por essa razão, no presente trabalho não falar-se-á sobre o *Constitucionalismo Sul-americano* - como gênero mais abrangente de pesquisa e digno de estudo mais aprofundado, expressão do juízo discricionário macropolítico multi-institucional na região pela busca por integração - mas tão somente sobre o *Novo Constitucionalismo Sul-americano* - espécie vinculada àquele gênero, sendo a expressão mais recente da experiência teórico-constitucional em determinados países na América do Sul.

### 3 ASPECTOS GERAIS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO

Os professores espanhóis Rubén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor (2010, p. 13) ressaltam a dificuldade encontrada pela doutrina do Direito Constitucional em inovar e experimentar novos modelos e abordagens. A última grande mudança na teoria constitucional ocorreu na Europa continental no pós-guerra, com a transição de um Estado de Direito para um Estado Social de Direito. Mais recentemente a configuração do Estado Democrático de Direito, e que após esse período viveu-se um longo período de estagnação teórica.

O jurista italiano, Luigi Ferrajoli (2012, p. 232), ao analisar a tradição constitucional romano-germânica (Europa continental e América ibérica) utiliza uma classificação de “gerações”, onde a 1ª Geração do Constitucionalismo é aquela marcada pelas “constituições flexíveis”, nos séculos XVIII e XIX, a 2ª marcada pelas Constituições rígidas do segundo pós-guerra. Já as Constituições de 3ª Geração são extensas e preveem instituições de garantia, sendo

bem mais complexas e dirigidas que as europeias da 2ª geração do constitucionalismo. Essa classificação inclui a constituição brasileira de 1988 como pertencente a essa terceira geração.

Ao cruzar o Atlântico, se analisarmos as atuais constituições sul-americanas em critério cronológico, perceberemos que a maioria delas foi aprovada pós-segunda guerra mundial. Além disso, se forem consideradas suas características estruturais e por seus aspectos formais e materiais filiam-se ao ideal do constitucionalismo democrático europeu continental. Sendo a brasileira o principal exemplo dessa influência, muito próxima à Lei Fundamental de Bonn - a constituição alemã de 1949 - e as Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978.

A doutrina do *Novo Constitucionalismo Latino-americano* (aqui vamos utilizar a terminologia majoritária para ampliar a bibliografia referencial, que já não é tão volumosa) diverge acerca de quais sejam os marcos normativos referenciais do novo fenômeno.

No entanto, na região, até meados de 1980, a tradição constitucional local não apresentou qualquer inovação relevante, resumindo-se aos *transplantes constitucionais* (GARGARELLA, 2009, p. 5) como classifica o professor argentino, Roberto Gargarella, ao analisar o fenômeno de incorporação de modelos institucionais estrangeiros aos seus textos constitucionais, em um verdadeiro exercício de *copia e cola*.

A doutrina da professora peruana, Raquel Yrigoyen Fajardo (2004, p. 173), classifica as constituições regionais a partir da década de 1980 em três ciclos, considerando aspectos do constitucionalismo pluralista. A constituição brasileira de 1988 integraria o primeiro ciclo (1982-1988), denominado constitucionalismo multicultural. O segundo ciclo chamado de constitucionalismo pluricultural estendeu-se de 1989 a 2005, contemplando a constituição da Colômbia de 1991, e o terceiro ciclo denominado de constitucionalismo plurinacional em 2006, compreendendo a Constituição Política do Estado Plurinacional boliviano de 2009 – o mais recente texto constitucional regional.

Não obstante, autores como os já citados Dalmau e Viciano (2011, p. 321), além de José Antonio Martín Pallín (2010, p. 92), Miguel Carbonell (2010, p. 45), Carlos Gaviria Díaz (2010, p. 67), Carlos Alberto López Cadena (2010, p. 81) e outros estudiosos consideram que o fenômeno do “Nuevo Constitucionalismo Latino-americano” se inicia com a constituição da Colômbia (1991), a da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). O professor da Universidade de Buenos Aires, Roberto Gargarella inclui a constituição argentina pós-reforma de 1994 nesse conjunto (GARGARELLA, 2009, p. 11).

Não obstante a testilha, o consenso na doutrina é a preocupação quanto à legitimação democrática dos textos constitucionais, elemento extrajurídico, anterior ao processo constituinte. Sobre o tema asseveram Pastor e Dalmau:

(...) el concepto de poder constituyente democrático, garantizando el origen democrático de la Constitución através de una iniciativa popular de activación del mismo y del ejercicio de dicho poder fundante mediante una asamblea constituyente participativa y plural, así como la conveniente aprobación directa de la Constitución por la ciudadanía a través de una consulta popular. (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 9)

Nesse sentido, no Novo Constitucionalismo Sul-americano, assim como no Neoconstitucionalismo, a constituição goza de cogência imediata e força normativa, sobrepondo-se às demais normas do ordenamento.

Além disso, em busca da superação do coronelismo e do risco da “oligarquização do sistema político” (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 9) o novo fenômeno busca uma redicalização democrática abrindo espaços para a participação popular direta no processo legislativo, inclusive na reforma constitucional.

Como já visto alhures, segundo Carolina Cyrillo, ao analisar os textos constitucionais da região, a participação popular não é critério determinante para a classificação de um texto constitucional como sendo pertencente ao conjunto do Novo Constitucionalismo Sul-americano, chegando as seguintes conclusões após sua pesquisa:

- 1) A participação popular direta na reforma constitucional existe desde o constitucionalismo liberal-conservador o século XIX, quando na Constituição da Argentina de 1853 exige-se a convocação de convenção constituinte de reforma, exclusivamente convocada para tal fim;
- 2) Que a democracia direta através de plebiscitos e referendos como forma de dar validade as modificações da Constituição é amplamente presente na Constituição do Uruguai de 1967, sendo a Constituição com maior possibilidade de exercício da democracia direta no processo de reforma. (SILVA, 2015, p. 13).

Além da preocupação com a natureza popular e democrática da convocação da Assembleia Constituinte e a posterior ratificação democrática e popular do texto formulado por meio de um *referendo atizador* e do controvertido critério de participação popular na reforma constitucional, observam-se outros elementos identitários comuns ao fenômeno.

Entre eles destacam-se: a ampliação dos direitos sociais e dos mecanismos para assegurar sua efetividade; estabelecimento de novos princípios axiológicos para a vida em coletividade; incorporação de uma nova abordagem acerca do *Direito Ambiental* ao considerar a natureza, ou melhor, a *Pachamama*, como sujeito de direitos; o desenvolvimento do

*Pluralismo Jurídico* para garantir a independência milenar do *Direito Indígena Originário Campesino*; o respeito a *Cosmovisão Indígena* que se associa a noção de *Estado Plurinacional* para o respeito da autonomia dos territórios das nações indígenas originárias; garantia de mecanismos que permitam a independência do Poder Judiciário e a democratização dos órgãos que exercem o controle de constitucionalidade; atenção a exclusão de minorias e de grupos historicamente excluídos pela lógica racista imperialista, como os negros e os índios.

O presente trabalho não busca esgotar todos esses aspectos. Inclusive, essa característica multifacetada do Novo Constitucionalismo Sul-americano, de imenso impacto na *infraestrutura* e *superestrutura* dos países afetados, é alvo de constantes críticas.

Chegando a ser qualificado por Salazar (apud Pastor; Dalmau, 2013, p.11) como *ornitorrinco jurídico* devido suas características democráticas diferenciadas e a ambiguidade de seu texto, que segundo o mesmo autor gerariam insegurança jurídica. Além dessa, outras críticas de natureza ideológica surgiram de setores mais conservadores, os quais classificam o fenômeno como expressão de um *populismo político* (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 11).

O Novo Constitucionalismo Sul-americano existe como marco teórico e normativo legítimo e cabe aos constitucionalistas, pesquisadores e demais operadores do direito compreendê-lo, fazendo críticas e propondo soluções para os problemas que forem observados.

O *plurinacionalismo* se apresenta nesse fenômeno como instrumentalização do resgate a diversidade de identidades étnicas pré-coloniais, em contraposição a tentativa de uniformização do estado nacional, indo muito além da mera autonomia administrativa e legislativa regional disposta em constituições de estados unitários tais como a da Espanha e a da Itália, como bem salienta o professor de teoria do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, José Luiz Quadros de Magalhães (2010, p. 1).

Destarte, o Novo Constitucionalismo Sul-americano apresenta-se não apenas como expressão ideológica dos governos de esquerda populistas que chegaram ao poder na América do Sul nas últimas décadas - período que aparentemente parece estar em vias de contra-fluxo, com o restabelecimento de governos neoliberais na região, por via democrática ou golpista - mas como oportunidade de reconciliação da teoria constitucional com o povo latino-americano, historicamente explorado e marginalizado. Permitindo a construção de um Estado mais democrático e plural.

#### 4 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

O Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) foi concebido para zelar pela supremacia constitucional, através do exercício do controle de constitucionalidade, de natureza concentrada e difusa. Outrossim, é o órgão que exerce a função de tutelar os direitos fundamentais julgando às “Ações de Defesa”, como são denominados os remédios constitucionais na doutrina e legislação boliviana. Atuando sempre sob os axiomas da descolonização e do pluralismo jurídico.

A Constituição Política do Estado boliviano de 2009 dispõe sobre o TCP em seu Título III, o qual versa sobre o *Órgano Judicial* - como é chamado o Poder Judiciário - e sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional. O título “ÓRGANO JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL” (Bolívia, CPE 2009) chegou a gerar intensos debates na doutrina local sobre a natureza autônoma do TCP, ou seja, se o Tribunal integraria o poder judiciário ou se seria um órgão autônomo aos demais poderes instituídos.

O artigo 178 da constituição boliviana de 2009 estabelece que o poder de exercício da função jurisdicional emana do povo boliviano, o qual deve ser exercido observando os princípios da “independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.” (Bolívia, art. 178, CPE 2009)

Adiante, em seu artigo 179, se dispõe acerca da *justiça ordinária* (sua jurisdição é exercida pelo “Tribunal Supremo de Justicia, pelos tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces”) e as *justiças especiais* de igual hierarquia, compreendendo a *justiça agroambiental* (cuja jurisdição é exercida pelo “Tribunal y jueces agroambientales”) e a *justiça indígena originária campesina* (a jurisdição indígena é exercida por suas próprias autoridades sem a necessidade de prévia educação jurídica formal). (Bolívia, art. 179, CPE 2009)

O mesmo artigo 179, em seu inciso III, reserva o exercício da *justiça constitucional* ao Tribunal Constitucional Plurinacional. Segundo Alan E. Vargas Lima (2012, p. 41) essa terminologia é deficiente, sendo mais adequado o uso do termo *jurisdição constitucional*. Nesse sentido, o autor estabelece a distinção entre ambos os conceitos afirmando que há justiça constitucional sempre que os órgãos judiciais ordinários resolvam demandas de natureza constitucional, ao seu turno, o conceito de jurisdição constitucional está associado a existência de órgão ou órgãos qualificados, específicos e independentes para tratar de matéria constitucional (LIMA, 2012, p. 43).

O artigo 196 da CPE atribui ao TCP sua função precípua de zelar pela supremacia da constituição, garantindo a cogência de seu texto por meio do controle de constitucionalidade, além da preservação e o respeito à vigência dos direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior. Em seu inciso II, o artigo 196 da CPE elege preferencialmente o método teleológico hermenêutico de interpretação da norma constitucional, devendo os magistrados consultarem as atas, documentos e resoluções da Assembleia Constituinte, respeitando assim a *vontade constituinte*.

O Tribunal é composto por magistrados e magistradas, em um número total de sete - sendo no mínimo dois oriundos do sistema indígena originário campesino - todos eleitos pelos critérios de plurinacionalidade, com representação de magistrados oriundos do sistema ordinário e do sistema indígena originário campesino, eleitos mediante sufrágio universal para o exercício de uma mandato de 6 anos contados da data da posse, vedada a reeleição contínua. (BOLÍVIA. Artigos 13 e 14 da Ley 027, de 6 de julho de 2010).

A Corte também compreende sete magistrados e magistradas suplentes, os quais são os sete imediatamente seguintes aos titulares na lista de eleitos, ainda de acordo com critérios proporcionais, sendo ao menos dois oriundos da justiça indígena. O inciso III do artigo 197 da CPE veda o recebimento de qualquer remuneração dos magistrados suplentes, sendo esses convocados apenas nas hipóteses de ausência do titular.

O artigo 199 da CPE de 2009 estabelece os requisitos objetivos e subjetivos para a habilitação como postulante ao cargo de magistrado da Corte Constitucional, diferindo da generalidade e excessiva subjetividade do mero “notório saber jurídico e reputação ilibada”, como previsto no *caput* do artigo 101 da CRFB/88. Estabelecendo a idade mínima de 35 anos e especialização ou experiência comprovada de pelo menos oito anos nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direitos Humanos.

As eleições de magistrados para a Suprema Corte boliviana por voto popular universal é uma experiência inédita na América Latina. Não obstante, crescem os debates na doutrina constitucional internacional, acerca da legitimidade democrática das decisões proferidas por cortes constitucionais em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a necessidade de uma abordagem institucional dialógica desse sistema, como se lê, entre outras obras, em *Law and Disagreement* (WALDRON, Jeremy. 1999).

A Bolívia, portanto, não é o único país a encarar o debate acerca da necessidade de uma reformulação democrática dos processos constitucionais e dos modelos intencionais para a consecução dos princípios da supremacia constitucional, da democracia e pela busca por uma

prestação jurisdicional constitucional independente. Contudo, o sistema proposto, malgrado ser uma verdadeira revolução paradigmática no exercício da jurisdição constitucional, é ainda em experimentação.

O cientista político e sociólogo francês, Maurice Duverger, critica o sistema de eleições de magistrados, mormente ao analisar o sistema eleitoral estadunidense, na Justiça Estadual:

El sistema de los jueces por elección no ha dado buenos resultados, Primero, no ha dado ninguna garantía de competencia jurídica. Después, para afrontar las elecciones, los candidatos a las funciones jurisdiccionales han tenido que aliarse con los partidos políticos, lo que tampoco asegura garantías de imparcialidad. Durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX, los partidos americanos han adoptado a menudo la forma de ‘máquinas’ manipuladas por políticos deshonestos que intentaban asegurarse las palancas de mando y la impunidad para permitir fructíferas combinaciones financieras a través de la elección simultánea del juez, del jefe de la policía y de los administradores locales. Diferentes medidas han permitido corregir en parte estos abusos: alargamiento de la duración del mandato de los jueces, aprobación previa de los candidatos por la Asociación de juristas del Estado, sustitución de la elección hecha por el gobernado, etc. Hoy, la incompetencia, la deshonestidad, la dependencia de los politicasters, sólo existen en una pequeña minoría de Estados y para las funciones judiciales subalternas.” (Duverger, 1970, p. 228)

O TCP é regulamentado pela Lei 027, de 6 de julho de 2010. Em seu Título II, a “lei do TCP” trata da composição do Tribunal, das eleições dos magistrados, e da duração dos seus mandatos (que será de seis anos, contados a partir da posse, sendo vedada a reeleição contínua, de acordo com o artigo 14 da lei do TCP).

A convocatória do processo de pré-seleção para a realização das eleições deve ser feita pela Assembleia Legislativa Plurinacional, a qual estabelecerá as condições de elegibilidade e as características do procedimento. O artigo 17 da referida lei regula os requisitos para a postulação ao cargo de magistrado do TCP, sendo elegíveis aqueles que cumpram aos seguintes requisitos:

1. Contar con la nacionalidad boliviana.
2. Tener 35 años de edad como mínimo.
3. Haber cumplido con los deberes militares, para los varones.
4. No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada em materia penal pendiente de cumplimiento.
5. No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad establecidos en la Constitución y la presente Ley.
6. Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral.
7. Hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Constitución Política del Estado.
8. Poseer título de abogada o abogado en provisión nacional.
9. Tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos.

10. No haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura.” (BOLÍVIA, Lei 027 de 2010).

Conta como qualificação de mérito o exercício da qualidade de autoridade originária em seu sistema de justiça. Como impeditivos a postulação destacam-se a vedação àqueles que, não obstante cumprirem os requisitos, tenham exercido militância junto a alguma organização política, quando da sua postulação. Além disso, aqueles que tenham ocupado cargo de gerente ou dirigente de sociedade comercial cuja quebra tenha sido declarada fraudulenta também não podem se candidatar, assim como aqueles que tenham participado de governos ditatoriais ou patrocinado a alienação de recursos naturais e patrimônios do Estado. (BOLÍVIA, Artigo 18 da Lei 027 de 2010)

Como assevera o artigo 19 da mesma lei, qualquer pessoa que cumpra os pré-requisitos acima e que não incorra em nenhuma das vedações, poderão se candidatar à função de magistrado do TCP. Submetendo sua postulação à Assembleia Legislativa Plurinacional. As candidaturas também poderão ser propostas por organizações sociais representantes das nações e povos indígenas e da sociedade civil em geral.

Feitas as postulações, caberá à Assembleia Legislativa Plurinacional, por votação qualificada de dois terços dos seus membros, realizar a pré-seleção de 28 candidatos em lista com paridade de gênero que será posteriormente remetida ao Órgão Eleitoral Plurinacional.

Visando mitigar a influência político-partidária, para garantir a independência dos futuros magistrados, o Órgão Eleitoral Plurinacional procederá a organização do procedimento eleitoral, sendo o único responsável pela difusão das qualificações dos elegíveis, não sendo permitida a realização de campanha pelos candidatos, sob pena de inabilitação.

Após a realização do sufrágio, aqueles sete candidatos que conquistarem os maiores números de votos assumirão o cargo de magistrados e os outros sete, imediatamente seguintes destes na lista, serão os suplementes, não remunerados.

A duração da fase de pré-seleção pela Assembleia Legislativa Plurinacional será de sessenta dias e a organização e realização da votação pelo Órgão Eleitoral Plurinacional ocorrerá no prazo de noventa dias. O texto da lei ainda prevê a participação popular em todo o processo, por meio do Controle Social, de acordo com a lei.

As primeiras eleições ocorreram em 2011 e o procedimento foi alvo de imensas críticas. Tendo em vista que o sistema de eleição dos magistrados foi elaborado pelo constituinte com a finalidade de garantir a independência destes e a legitimidade democrática de suas futuras decisões. Contudo, a fase de pré-seleção a cargo da Assembleia Legislativa Plurinacional, órgão

de natureza política, revela uma certa sujeição do órgão máximo do Poder Judiciário ao órgão máximo do Poder Legislativo.

Segundo as conclusões de Óscar Antonio Millán Terán, o sistema de eleição dos magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional é o resultado:

(...) de una búsqueda cuya naturaleza radica en la intención de generar un sistema electoral con mayor participación, que profundice la democracia, que proyecte una jurisdicción constitucional real y efectivamente independiente, asegurando el resguardo de la supremacía de la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales y el fortalecimiento el sistema democrático del Estado. Sin embargo, la etapa de preselección que tiene el sistema electoral para la designación de los magistrados se encuentra en manos de un solo órgano del Estado, de la misma manera que ocurría en el sistema anterior, en el que la elección dependía de un solo poder del Estado, por lo que la proyección de independencia de la jurisdicción constitucional se ve cuestionada. (TERÁN, 2015, p. 127)

Sem embargo, os debates acerca de uma provável interferência política no processo de pré-seleção pelo poder legislativo em nada obsta a independência dos futuros magistrados no exercício de seus mandatos. Ao que pese a natureza eminentemente político-jurídica do Tribunal Constitucional, como instituição, a fase de pré-seleção enseja aos seus futuros integrantes a possibilidade de articulação dialógica institucional, com a possibilidade de se debater no âmbito da Assembleia Legislativa Plurinacional quais os nomes mais qualificados e de maior relevância.

Portanto, tal fase funciona como um verdadeiro *filtro*, onde será analisado e debatido o currículo dos juristas, favorecendo aqueles de maior destaque acadêmico e profissional. Os critérios de paridade étnica e de gênero para elaboração da lista final de 28 nomes, permite ampla representatividade de diversos setores da sociedade. Tal fase deverá permitir ao particular eleger apenas os magistrados mais qualificados, com um amplo e variado aspecto ideológico, curricular e profissional. A responsabilidade política (*accountability*) surge da necessidade de legitimação democrática destes magistrados para o exercício de seus mandatos a frente do Tribunal.

Ensejando assim, uma maior aproximação entre os magistrados e seus jurisdicionados. O que se defende é que a interferência política na escolha dos integrantes da suprema corte é inevitável, sendo ainda mais preponderante em desenhos institucionais como o brasileiro e o estadunidense, no qual a indicação de um nome encontra-se concentrada na figura do presidente e cabendo ao legislativo, na maioria ds vezes, apenas a ratificação da escolha presidencial para a nomeação.

Destarte, não há dúvidas de que o paradigma plurinacional boliviano permite uma maior capilaridade no procedimento de escolha dos nomes. Se não é o modelo ideal, ao menos, é o que enseja maior participação popular e amplo diálogo multi-institucional, sem desprezar os elementos técnicos objetivos e a responsabilização política dos nomeados. Os quais gozarão de total independência para o exercício de seus mandatos de seis anos a frente do órgão de cúpula do poder Judiciário, além de ser vedada a reeleição.

## 5 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA BOLÍVIA: EVOLUÇÃO E CONTEMPORANEIDADE

Os antecedentes remotos da jurisdição constitucional boliviana, nos levam a constituição formulada por Simón Bolívar, o libertador, em 1826. A qual outorgava, em seu artigo 51, o controle de legalidade dos atos do governo a uma *Câmara de Censores*, para “*Iro.- velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos.*”. Cabendo a câmara comunicar ulteriormente ao Senado as prováveis ilegalidades: “*2do.- Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las Leyes y los Tratados Públicos.*”. (VENEGAS, p. 224, 2013).

Adiante, de acordo com o artigo 93, da constituição de 1831, surge o *Conselho de Estado*, com competência para exercer o controle da constituição. Composto por 7 magistrados, nomeados pelo parlamento, aos quais, cabia comunicar ao legislativo as infrações ao texto constitucional.

Não obstante, o órgão foi extinto na reforma constitucional de 1839 e apenas em 1843 foi reestabelecido outro órgão incubido do controle de constitucionalidade, o Conselho Nacional, extinto novamente em 1851. O Conselho de Estado resurge em 1861, reformulado, passando a exercer o controle de constitucionalidade político preventivo quando consultado. O órgão foi mais uma vez extinto em 1868 e novamente restabelecido em 1871. (VENEGAS, p. 225, 2013).

A reforma de 1861 foi responsável por instituir, pela primeira vez, o controle difuso de constitucionalidade na Bolívia. Ao reconhecer, com fulcro em seu artigo 86, a supremacia constitucional, por estabelecer que: “*Las Autoridades y tribunales aplicarán esta constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones.*” (VENEGAS, p. 226, 2013).

Cabendo ao Tribunal Supremo de Justiça a ratificação ou não da decisão ordinária, após conhecer o recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade, pela via incidental, acusando

o desacordo da norma em análise com o texto constitucional, em decisão com efeitos *inter partes*.

No século XX, a constituição de 1967, reconhecia a supremacia constitucional e estabelecia o controle difuso, em seu artigo 228, ao estabelecer que “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. (VENEGAS, p. 226, 2013).

A reforma feita no texto em 1994, criou o Tribunal Constitucional para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, como órgão especializado, malgrado não alterar a redação do artigo 228, estabelecendo, portanto, um sistema misto. Nesse sentido, a reforma de 1994 aproximou o paradigma boliviano daquele já estabelecido no Brasil pela constituição de 1988, contemplando um sistema ao mesmo tempo *difuso e concentrado*.

A jurisdição constitucional estabelecida pela reforma de 1994, também permitiu aos tribunais ordinários declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos ao apreciar os recursos de “habeas corpus” e de “amparo constitucional”, estabelecidos para resguardar os direitos fundamentais e demais direitos e garantias constitucionais.

Segundo o professor boliviano, Edgar Peña Venegas, após as modificações implementadas pela reforma de 1994 ao texto original da constituição de 1967, o paradigma boliviano adotou uma sistemática mista:

Posteriormente se dictó la ley del Tribunal Constitucional No. 1836 que en su Art. 1 apdo. II establecía que son fines del TC ejercer el control de constitucionalidad y garantizar la primacía de la CPE, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados. En base a esta disposición normativa y teniendo en cuenta que no se había derogado el Art. 228 de la CPE de 1967, se llegó a decir que el sistema constitucional boliviano reconocía un modelo de control de constitucionalidad *mixto*. Es decir, por un lado el Art. 228 de la CPE determinaba la obligación que tenían todos los jueces de aplicar la CPE con primacía a cualquier otra norma de rango inferior; y por el otro, la reforma constitucional operada por el Art. 120 de la CPE de 1994 y reglamentada por la LTC que determinaba la finalidad de control concentrado de parte del TC en el ejercicio del control de constitucionalidad. (VENEGAS, p. 216, 2013).

A CPE de 2009 altera esse paradigma convertendo-o em um modelo de matriz kelseniana, ao delegar ao Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), com exclusividade, a competência para analisar a constitucionalidade de “leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales” (art. 202.1. CPE) do complexo sistema jurídico plurinacional boliviano, como estabelece a norma do artigo 196

da CPE, no qual, também se outorga a competência para “precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”.

Assim, caso o magistrado ordinário ou autoridades administrativas identifique ou suspeite da inconstitucionalidade incidental de norma em processo judicial ordinário ou administrativo deverá promover, por petição da parte ou de ofício a “Acción de Inconstitucionalidad Concreta” que tem como objeto a análise acerca da constitucionalidade de norma que deva ser aplicada ao caso concreto. A decisão da *Ação de Inconstitucionalidad Concreta*, caso declare a norma inconstitucional, a expurgará do ordenamento jurídico, com efeitos “erga omnes”, com supedâneo no artigo 79 do Código Processual Constitucional.

A jurisdição constitucional é compartilhada com os juízes e tribunais de garantias constitucionais, responsáveis por realizar o controle tutelar dos direitos fundamentais em única instância, cabendo ao Tribunal Constitucional Plurinacional conhecer e resolver as ações tutelares em grau de revisão de ofício (VENEGAS, p. 217, 2013).

Contudo, como ressalta o professor Venegas, há uma divergência na interpretação do artigo 410 da CPE, pois existem aqueles que defendem que o paradigma de controle de constitucionalidade boliviano seria de natureza mista:

Uno de los fundamentos para sostener la tesis de que el modelo de control de constitucionalidad adoptado por el Estado Plurinacional de Bolivia es el europeo o —kelseniano, con resabios del modelo americano, en un sistema jurisdiccional mixto, se encuentra en las normas previstas por el art. 410 CPE, por cuyo mandato: “I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. De las normas glosadas se puede inferir que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, por mandato constitucional, están impelidos a aplicar la Constitución y no la ley en un caso concreto en el que tengan la certeza absoluta de que esta última es incompatible con la norma constitucional. (VENEGAS, p. 218, 2013)

Outro tema objeto de debate acolorado pelo doutrina é quanto a terminologia empregada tanto pela CPE de 2009, quanto pela Lei 027, de 6 de julho de 2010, para se referir a função precípua outorgada ao Tribunal Constitucional Plurinacional, qual seja, o exercício da “jurisdição constitucional” ou da “justiça constitucional”.

Segundo Alan Vargas Lima (2012, p. 43), a doutrina esclarece essa falta de precisão do texto constitucional ao estabelecer que há “justiça constitucional” quando os órgãos judiciais ordinários se incumbem de solucionar questões de natureza constitucional, enquanto que “jurisdição constitucional”, propriamente dita, é quando existem órgãos especiais e qualificados, criados especificamente com essa finalidade, garantindo a força normativa do

texto da Carta Maior e a proteção dos direitos fundamentais através de mecanismos formais de ações e recursos previstos na lei. Nesse sentido, a *jurisdição constitucional* é uma das expressões da *justiça constitucional*, conceito mais abrangente e plurívoco.

No artigo 2 da Ley 027, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do TCP, se lê que a “La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional y tiene la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado (...)” (BOLÍVIA, CPE, 2009) Nota-se, logo inicialmente, que a confusão conceitual empregada pelas normas bolivianas e a solução para essa celeuma encontra-se na ainda iniciante doutrina do Direito Processual Constitucional da Bolívia:

A nivel doctrinal, se dice que existe *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales ordinarios se dedican a resolver problemas de carácter constitucional, y, en cambio, se habla de *Jurisdicción Constitucional* propiamente dicha, cuando existen órganos calificados y especiales creados específicamente para realizar esos fines, es decir, cuando la labor de control de la constitucionalidad se halla encargada a los Tribunales o Cortes Constitucionales. (VENEGAS, p. 225, 2013).

Acerca do desenvolvimento normativo do Direito Processual Constitucional na Bolívia, Alan E. Vargas Lima propõe uma classificação que sistematiza em três etapas a evolução normativa da disciplina, conceituada como a disciplina de direito público que estuda os sistemas e paradigmas de controle de constitucionalidade, assim como as normas que regulam a estrutura, a organização e o funcionamento dos órgãos encarregados de exercer a jurisdição constitucional e demais procedimentos estabelecidos para a resolução de controversias que versem sobre a constituição. (LIMA, p. 432, 2015).

A classificação distingue três fases específicas. Quais sejam:

a) A primeira etapa demarca-se com as Reformas promovidas em 1938 e 1967, as quais introduziram no ordenamento local as primeiras ações de proteção aos direitos e garantias individuais previstas na constituição, conhecidos pela doutrina brasileira como *remédios constitucionais*. O “Habeas Corpus” incorporado à constituição por meio de um referendo popular realizado em 11 de janeiro de 1931 - cabendo em casos de ofensa ao direito de liberdade física e de locomoção - e a ação de Amparo Constitucional - muito similar ao Mandado de Segurança brasileiro, podendo ser proposto em casos de atos “(...) ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman, o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución y las leyes (...)”. (LIMA, p. 433, 2015).

b) A segunda etapa se inicia com a reforma promovida no poder judiciário em 1994, a mesma que instituiu o controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico local com a criação do seu primeiro Tribunal Constitucional, quando surgem as primeiras doutrinas sobre o Processo Constitucional na Bolívia. Essa ampla reforma do Poder Judiciário visava garantir a segurança jurídica no país e fortalecer a cogência do texto constitucional, concedendo às decisões do Tribunal constitucional eficácia “erga omnes” e efeito vinculante. Em 2004, é realizada mais uma reforma que incluiu a ação de “Habeas Data” como garantia constitucional para o acesso, ratificação ou exclusão de dados pessoais armazenados em banco de dados públicos ou privados, que violem seu direito fundamental a intimidade, honra, imagem e etc.

c) A terceira etapa, sem dúvidas, se inicia com a promulgação da nova Constituição Política do Estado, após ratificação popular por meio de um referendo ativador realizado em 2009. A nova CPE introduziu um vasto rol de “Acciones de Defensa” como são conhecidos os chamados “Remédios Constitucionais” na doutrina boliviana. As novas ações estabelecidas são: “Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad, Acción Popular y Acción de Cumplimiento” (VARGAS, p. 434, 2015). Outrossim, também atribuiu ao Tribunal Constitucional de caráter “Plurinacional” a competência para exercer o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos do poder público.

Ao contrário do Brasil, a Bolívia já possui seu “Código Procesal Constitucional”, criado pela Lei 254 de 5 de julho de 2012, com normas adjetivas que dispõe sobre os processos e procedimentos das ações que compõem o bojo da jurisdição constitucional na Bolívia.

A jurisdição constitucional boliviana é exercida através da atividade do controle de constitucionalidade, na proteção dos direitos fundamentais e no controle dos conflitos de competência entre os distintos órgãos do poder público. O Tribunal Constitucional Plurinacional é o responsável pelo exercício da jurisdição constitucional. Sua competência está estabelecida no artigo 202 da CPE e no artigo 12 da lei do TCP.

O controle de constitucionalidade na Bolívia pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo é exercido ainda durante o processo legislativo, podendo ser suscitado pelo presidente do Estado Plurinacional, pelo presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional, pelo presidente do Tribunal Supremo de Justiça e o presidente do Tribunal Agroambiental, sempre que houver dúvida acerca da constitucionalidade de um determinado projeto de lei (conforme atribuição 8., do art. 12 da Lei do TCP).

Além disso, as autoridades indígenas originárias camponesas quando houver dúvida sobre a aplicação de suas normas consuetudinárias no caso concreto deverão consultar o TCP, de acordo com a atribuição 12., do art. 12 da Lei do TCP. Por fim, o TCP também exerce o controle preventivo de constitucionalidade nos processos de ratificação de tratados internacionais (atribuição 9., do art. 12 da Lei do TCP), com legitimidade ativa do presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional.

Sobre a competência do TCP para o exercício do controle preventivo de constitucionalidade, Alan Vargas Lima ressalta que:

Sobre esta modalidad de control preventivo, también se debe anotar que dentro de la estructura orgánica de esta entidad, la *Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional* tiene ahora entre sus atribuciones jurisdiccionales, el ejercer el *control previo sobre la constitucionalidad de estatutos autonómicos y cartas orgánicas*, aprobados por los órganos deliberativos de las entidades territoriales autónomas; y así también le corresponde conocer y resolver el *control previo sobre el texto de las preguntas de la convocatoria a referendo nacional, departamental y municipal* (de acuerdo a lo previsto en las atribuciones 12ava., y 13ava., del artículo 28 de la Ley del TCP). (LIMA, 2012, p. 86, grifos do autor)

O controle dito repressivo ou ainda corretivo é praticado após a promulgação da lei quando houver dúvida sobre a compatibilidade da norma com o texto da CPE. O TCP dispõe da Ação de Inconstitucionalidade de caráter direto e abstrato sobre leis, estatutos autonômicos, cartas orgânicas, decretos e todo gênero de atos normativos não judiciais (atribuição 1., do artigo 12 da Lei do TCP). Também é previsto as ações de inconstitucionalidade indiretas de caráter concreto, tendo por objeto as mesmas espécies prevista para a ação direta (atribuição 2., do artigo 12 da Lei do TCP).

A Acción de Inconstitucionalidad prevista no artigo 132 da CPE 2009 pode ser proposta por toda pessoa física ou jurídica que se veja afetada pela norma inconstitucional, a sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional nessas ações possui efeito para todos (“erga omnes”).

Os recursos contra tributos e taxas criados, modificados ou extintos em desacordo com o disposto na CPE é outra previsão do exercício do controle corretivo (atribuição 5., do artigo 12 da Lei do TCP). Assim como os recursos contra as resoluções do Órgão Legislativo quando suas resoluções afetarem um ou mais direitos, qualquer que seja a pessoa afetada (LIMA, 2012, p. 84) sendo essa a atribuição 6. estabelecida pelo artigo 12 da Lei do TCP. Por fim, a atribuição 10. prevê o controle de constitucionalidade do procedimento de reforma parcial da Constituição Política do Estado.

O controle de constitucionalidade sobre o exercício do poder político é realizado em casos de conflito entre os órgãos do poder público, buscando sua harmonização, principalmente considerando a complexidade do “Estado Plurinacional” estabelecido pela CPE de 2009. O Tribunal Constitucional Plurinacional atuará nos casos de conflito de competência entre os órgãos do poder público (atribuição 3. do artigo 12 da Lei do TCP), nos casos de conflito de competência entre o governo plurinacional central e as autoridades autônomas e descentralizadas ou destas entre si (atribuição 4.).

O TCP ainda atuará nos casos em que houver conflito de competência entre a jurisdição indígena originária camponesa e a jurisdição ordinária e a agroambiental (atribuição 11.), além da análise dos “recursos diretos de nulidade” contra os atos normativos de autoridades públicas em casos de usurpação de competência ou ilegalidade (atribuição 13).

A vigência e o pleno exercício dos Direitos Fundamentais estabelecidos no texto constitucional são garantidos pelas chamadas “Acciones de Defensa”, previstas entre os artigos 125 a 136, cabendo ao Tribunal Constitucional Plurinacional, de acordo com o estabelecido na atribuição 7. do artigo 12 da Lei do TCP, julgar as seguintes ações:

A) Acción de Libertad: É o tradicional “Habeas Corpus” surgido no Direito Inglês, com a função de proteger o direito de liberdade dos indivíduos. O novo sistema constitucional boliviano amplia suas hipóteses de incidência, prevendo sua aplicação nos casos em que a pessoa considerar ter sua vida e liberdade ameaçadas, quando estiverem ilegalmente perseguidas ou privadas de sua liberdade. Mantendo as características da informalidade, imediatéz, celeridade, generalidade. O uso do nome “Ação de Liberdade” é expressão do princípio da inclusão, previsto no artigo 8 da CPE, por facilitar o acesso à justiça pelas camadas mais humildes da sociedade. Nesse sentido, não há, em todo ordenamento jurídico boliviano, o uso de brocardos em latim. Os artigos 125 a 127 da CPE de 2009 dispõe sobre a Ação de Liberdade.

B) Acción de Amparo Constitucional: Similar ao Mandado de Segurança brasileiro, com cabimento em casos de abusos e omissões das autoridades públicas e de pessoas naturais e jurídicas que restrinjam, suprimam ou ameacem os direitos estabelecidos na CPE. É uma ação extraordinária de natureza subsidiária e imediata. Está prevista nos artigos 128 e 129 da CPE 2009.

C) Acción de Protección de Privacidad: É o conhecido “Habeas Data”, estabelecido nos artigos 130 e 131 da CPE para garantir as pessoas físicas e jurídicas o acesso, retificação ou eliminação de seus dados registrados em banco de dados públicos ou privados.

D) Acción de Cumplimiento: Com aplicação similar ao mandado de injunção no Brasil. Está prevista no artigo 134 da CPE para garantir o cumprimento de normas constitucionais omitidas ou descumpridas por servidores públicos, podendo ser impetrada por pessoa física ou jurídica afetada.

E) Acción Popular: Os artigos 135 e 136 da CPE de 2009 estabelece a Ação Popular boliviana, atuando contra todo ato ou omissão de autoridade pública ou pessoa física ou jurídica que violem ou ameacem violar direitos e interesses coletivos relacionados “con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.” (Bolívia, CPE 2009).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da construção de uma nova teoria do controle de constitucionalidade com supedâneo no paradigma plurinacional, destaca-se a tentativa de superação do Estado moderno nacional e sua violenta e forçada homogeneidade e unicidade jurídica.

Tal fenômeno já tem sido observado a décadas na Europa continental, mormente após a promulgação da constituição espanhola de 1978 e sua tentativa de enquadrar povos distintos (bascos, catalões, galegos, castelhanos) sob a unicidade do mesmo Estado nacional. Para isso, concede autonomia administrativa e legislativa para esses povos.

No *Novo Constitucionalismo Sul-americano* esse mesmo fenômeno alcança proporções nunca antes identificadas na teoria constitucional, refletindo, até mesmo, na mudança de uma abordagem antropocêntrica do Direito para uma outra ecocêntrica, reconhecendo a intersecção entre os indivíduos e a natureza que os cerca e da qual dependem, com a *pachamama* e o *bem viver*.

No âmbito do exercício da jurisdição constitucional, a Bolívia se destaca por romper com o mero exercício de “transplante” institucional, assinalado por Roberto Gargarella e desenha um Tribunal Constitucional inovador, instituído por ampla legitimidade democrática, mediante a *responsabilização política* de seus integrantes, eleitos por voto direto. Outrossim, a ampla previsão de instrumentos para a consecução de direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade com amplo rol de legitimados ativos está assegurado a todos os cidadãos bolivianos.

Não obstante seu desenho institucional inovador, o Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano está em funcionamento a menos de uma década e suas pretensões ainda

encontram-se obstaculizadas de efetividade por falta de recursos financeiros e humanos (a Corte ainda funciona em um prédio emprestado pela prefeitura de Sucre), os desafios ainda são imensos.

Ao fim, ressaltam-se os esforços de seu atual presidente, Juan Oswaldo Valencia Alvarado, e sua “política de portas abertas”, realizando frequentes audiências públicas e garantindo voz a grupos da sociedade civil organizada. Importantes decisões estão sendo tomadas pelo plenário, no sentido de balizar eventuais conflitos entre a justiça comum e a justiça indígena, visando a consecução de direitos destas nações e povos. Sendo paradigmática a “sentencia constitucional plurinacional 1422/2012”, por meio da qual, através de uma abordagem cultural-antropológica se reconheceu jurisprudencialmente a independência da justiça indígena perante a justiça comum.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constitución Política del Estado**. Sucre: Editorial Cuatro Hnos. 2013.
- BOLÍVIA. LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL (2010). **Ley N° 027 de 6 de julio de 2010**. Sucre: Editorial Cuatro Hnos. 2013.
- BOLÍVIA. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (2012). **Ley N° 254 de 5 de julio de 2012**. Sucre: Editorial Cuatro Hnos. 2013.
- DALMAU, Rubén Martínez. **La interpretación de la constitución democrática en el nuevo constitucionalismo**. XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Madrid: Trama editorial CEEIB, p. 634-644, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Corte Constitucional de Ecuador para el periodo de transición: El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 96.
- DAN, Vivian Lara Cáceres; NASCIMENTO, Diogo de Carvalho. **Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano**. Rio de Janeiro, Revista Direito & Práxis, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi (2010). **CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA E NEOCONSTITUCIONALISMO**. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. - Curitiba, PR : ABDConst., 2011.
- GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago: CEPAL - Serie Políticas sociales N° 153, 2009.
- LEONEL JUNIOR, Gladstone. **O Novo Constitucionalismo Latino-americano: um estudo sobre a Bolívia**. Brasília: Editora Lumen Juris, 2015.

\_\_\_\_\_. **A constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um Instrumento de Hegemonia de um Projeto Popular na América Latina.** 2014. 350 f. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília. Brasília. 2014.

LIMA, Alan E. Vargas. **El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolívia.** La Paz: Ciudad del Illimani, 2012. RIVERA, José Antonio. **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BOLIVIA.** Huancayo: ENDECAP, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia.** La Paz: Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico.** Fortaleza: Pensar, p. 371-408, 2011.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina.** IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst. - Curitiba: ABDCConst., p. 143-155. 2011.

## NOVOS PARADIGMAS DO REGIME DAS CAPACIDADES NO DIREITO CIVIL A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

*Jacqueline Lopes Pereira\**

**Palavras-chave:** direito civil; pessoa com deficiência; regime das capacidades; liberdades.

**Resumo:** O regime das capacidades tradicionalmente guia a interpretação sobre a validade dos atos civis. Contudo, esse paradigma, com origem nas codificações oitocentistas e no modelo médico de compreensão da deficiência, ganha novos contornos através da alteração do Código Civil Brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que efetiva os comandos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque). Através de método lógico dedutivo, a pesquisa teórica parte de revisão bibliográfica e textos normativos para examinar as interpretações dadas ao regime das capacidades a partir dessas modificações. O problema que se revela é a eliminação da categoria de incapacidade absoluta para as pessoas com deficiência e as diferentes interpretações da doutrina à luz da Convenção de Nova Iorque. Os perfis da liberdade no sentido formal e substantivo levantam a hipótese de a liberdade substancial da pessoa com deficiência ser resguardada através da sua qualificação como plenamente capaz, ou se esse tratamento legal, do contrário, compromete sua proteção. A pesquisa se justifica pela constatação dos intensos debates recentes empreendidos na doutrina do direito civil nacional e das diferentes respostas para o dilema “liberdade e proteção”. O objeto do estudo é a análise do significante “capacidade civil” para a doutrina clássica de direito civil e para a racionalidade celebrada na Convenção de Nova Iorque em prol das liberdades do grupo vulnerável. A conclusão do estudo é de que o Direito cumpre função promocional voltada à concretização de direitos fundamentais, sendo a absoluta limitação da capacidade civil uma forma de impedir o exercício de direitos por seu titular em razão de uma característica subjetiva tida como de “anormalidade” pelo sistema clássico. Logo, as mudanças promovidas pelo no regime das capacidades dão a chance à pessoa com deficiência

\* Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora bolsista pela CAPES. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional (Virada de Copérnico) e do Núcleo de Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Federal do Paraná. E-mail: [Jacqueline.lopes10@gmail.com](mailto:Jacqueline.lopes10@gmail.com). Telefone: (41) 99941-6713. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1661348605434571>

vivenciar as possibilidades de escolha sobre os rumos da própria vida sem ingerência paternalista autoritária do Estado.

**Abstract:** Usually, the capacity system guides the interpretation of civil acts' vality. However, this paradigm, originated from eighteenth century's codices and medical standart of disability, has developed new profile through Brazilian Law of Inclusion, which effectives New York Convention. By means of logical-deductive method, this theoretical research starts on literature and statutes review to exam differents points of view on nowadays Brazilian capacity system. The problem is the elimination of absolute incapacity to people with disability and opinions of literature coming from New York Convention. Freedom as formality and as substance raise the hypothesis that disabled people's substantial freedom is protected by total capacity or if this legal standart harms this protection instead. This study is based on exploring intense national literature discussions and possible answers to the dilemma "freedom and protection". The subject is to analyse the meaning of "civil capacity" to classic Law literature and, in the other hand, to New York Convention's rationality of vulnerable's freedom. The study concludes that Law has a promotional function to materialize fundamental rights, and the legal capacity limitation is a way of hindering this exercize under the reason of a feature considered "anormal" by the classic system. Ergo, the changing on capacity system gives a chance to disabled people to live and to choose the directions of his or her own life without authoritarian paternalism.

## 1 Introdução

Em 2010, o IBGE constatou que aproximadamente um quarto da população brasileira era formado por pessoas com deficiência (BRASIL, 2010). Dados de cinco anos depois demonstram que essa mesma população é vítima de diversas formas de violência, sendo a negligência o registro da maioria das denúncias<sup>1</sup>, o que acentua a condição de vulnerabilidade dessas pessoas na sociedade brasileira (BRASIL, 2015).

<sup>1</sup> De acordo com o relatório da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, em 2015 foram computadas 17.835 denúncias de violência contra idosos através do canal de comunicação "Disque 100", perfazendo cerca de 2 ligações por hora. Dentre essas, 39,6% tratavam-se de casos de negligência, 23,88% noticiavam violência psicológica, 16,88%, eram relativas a violência física e 19,65% apontavam casos de violência patrimonial e outras violações. (BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. **Balanco anual da ouvidoria nacional de direitos humanos 2015**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2016/janeiro/CARTILHADIGITALBALANODODISQUE1002015.pdf>>. Acesso em: 25/06/2017.

Porém, não é apenas o cenário concreto dos dias atuais que revela a situação de exclusão que atinge a pessoa com deficiência no Brasil. Há normas e institutos clássicos de direito civil que espelham um quadro oculto da pessoa com deficiência como sujeito de direito em sua plenitude.

Nesse sentido, mostra-se imprescindível a análise do regime das capacidades, que recentemente passou por mudança de paradigmas estrutural através dos enunciados apresentados pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, doravante Convenção de Nova Iorque. O referido instituto tradicionalmente guia a interpretação sobre a validade dos atos civis praticados pelas pessoas naturais em relações jurídicas e se arquitetou classicamente na subjetividade jurídica abstrata das codificações oitocentistas<sup>2</sup>. Por essa lógica, o "sujeito de direito" é o titular de direitos e obrigações de uma relação considerada relevante pelo Direito<sup>3</sup> e, para poder compor faticamente a relação jurídica, precisa ser dotado de "capacidade de fato" ou "de exercício".

Os sistemas jurídicos de países que seguem a racionalidade jurídico-moderna classificam "capacidade jurídica" em "capacidade de direito" e a citada "capacidade de fato". Enquanto a primeira retrata a possibilidade de qualquer ser humano ser potencialmente um sujeito de direito, a segunda liga-se à possibilidade de esse sujeito ser apto faticamente para a prática de atos da vida civil (AMARAL, 2006, p. 227).

Como consequência da incapacidade de fato relativa ou absoluta, a pessoa com deficiência – sobretudo aquela com deficiência mental ou intelectual – foi privada de decidir sobre os rumos da própria vida e a gerência de seus bens por si mesma. O direito civil brasileiro manteve essa racionalidade normativa em seus Códigos de 1916 e 2002 como forma de conferir estabilidade às relações privadas, cujos negócios celebrados por pessoas com deficiência seriam nulos ou anuláveis, a depender da incapacidade absoluta ou relativa.

Contudo, esse panorama sofreu alterações graduais e não lineares com as mudanças promovidas pela leitura civil constitucional e repersonalizada de institutos do direito civil e, de modo positivado, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao alterar o texto normativo e excluir a hipótese de incapacidade absoluta dessas pessoas. Essa ruptura e descontinuidade são objeto

<sup>2</sup> A dogmática do direito civil moderno trabalha com elementos da relação jurídica e os conceitua de forma tal que reitera o modo de construção do conhecimento concebido pela Escola da Pandectística alemã do século XIX. Relação jurídica é, por esse ponto de vista, "o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos". (AMARAL, 2006, p. 159).

<sup>3</sup> Há quem entenda que esse conceito é autopoiético e auto-referente, não sendo capaz de abranger a complexidade da existência e constituição do ser humano. Nesse sentido, CAVIHIOLI, 2006.

desse artigo, que problematiza a eliminação da categoria de incapacidade absoluta para a pessoa com deficiência e examina suas repercussões à luz da liberdade em perfil substancial.

O trabalho se justifica pelos intensos debates recentes empreendidos pela doutrina do direito civil nacional e das diferentes respostas para o dilema de “libertar, sem deixar de proteger” a pessoa com deficiência.

Assim, através de método dedutivo, o estudo teórico parte de revisão bibliográfica e textos normativos para examinar as interpretações dadas ao regime das capacidades diante das modificações paradigmáticas produzidas na legislação interna pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

## 2 Capacidade civil: conceito clássico e o modelo médico

A capacidade civil, ou capacidade jurídica, em seu sentido clássico no ordenamento jurídico brasileiro segue a lógica da tradição romano-germânica e tem como definição ser o “poder de ação e atributo da personalidade do sujeito de direito” (AMARAL, 2006, p. 218), conceito este com raízes erigidas no século XVII pelo francês Jean Domat<sup>4</sup> e aperfeiçoado pela Escola Histórica alemã de meados do século XIX.

A exemplo de outros países de tradição *civil Law*, a capacidade jurídica teve seu conceito “bifurcado” no Brasil em “capacidade de direito” e “capacidade de fato” (ou de exercício). Enquanto a “capacidade de direito” se refere ao direito da pessoa *ser* sujeito de direito perante a lei<sup>5</sup>, a “capacidade de fato” remete à possibilidade de a pessoa *ser apta* para a prática de atos da vida civil. Ainda, é importante a noção de personalidade, ligada “aos atributos essenciais da pessoa humana” (SCHREIBER, 2013, p. 13) e interessante referenciar a definição de Orlando Gomes, que compreende a modalidade “capacidade de direito” como sinônimo desta última:

O termo *capacidade* emprega-se em dois sentidos. No primeiro, com a mesma significação de *personalidade*. Chama-se, então, *capacidade de direito* ou *de gozo*. Para ter direitos na ordem civil, todo homem é capaz, porque pessoa. No segundo, é a aptidão para exercer direitos. Denomina-se *capacidade de fato* ou *de exercício*. Nem todos tem-na. Causas diversas restringem-na. (GOMES, 2008, p. 149)

<sup>4</sup> Judith Martins-Costa ressalta que Domat propôs ser a capacidade um elemento comum e unificador que levaria à universalidade do concreto e aperfeiçoamento da categoria universal e abstrata de “sujeito de direito”, com a “abstrata capacidade para produzir atos jurídicos” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 311).

<sup>5</sup> Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Pontes de Miranda, por sua vez, distingue “capacidade de fato jurídico” da “capacidade de obrar”. Para ele, a primeira consiste na capacidade de direito e a segunda seria “a) capacidade de praticar ato-fato jurídico; b) a de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; c) a de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); d) a de praticar atos ilícitos em geral [...]” (MIRANDA, 1983, p. 157), em outros termos: capacidade de fato.

As restrições à capacidade de fato – “de exercício” ou “de obrar” – compõem o regime das capacidades e, ao tempo da redação original do Código Civil de 1916, acabava por legitimar que predominantemente pessoas do sexo masculino, maiores de 21 anos, chefes de família, proprietários e contratantes fossem plenamente capazes para compor relações jurídicas<sup>6</sup>, o que acabava por ocultar a pessoa “de carne e osso” em uma categoria de sujeito atomizado (ROSENVALD, 2016, p. 94).

As pessoas com deficiência retratadas como “loucos de todo gênero” ou “surdos-mudos que não poderiam exprimir sua vontade” eram classificadas como “absolutamente incapazes” nos incisos II e III do artigo 5º do Código Civil de 1916. Isso significava que não poderiam exercer pessoalmente os atos da vida civil e, após processo judicial de “interdição”<sup>7</sup> a pretexto de proteger seu patrimônio, a pessoa era condenada a não poder mais deliberar sobre seus bens e sua vida.

O regime das capacidades vigente em meio a essas normas espelhava um modelo médico, com características patologizadoras e segregadoras<sup>8</sup>. Tal modelo rege-se pelo paradigma da subsunção da forma de existência da pessoa a um diagnóstico e conduziu a

<sup>6</sup> Essa afirmação decorre da leitura da redação original dos artigos 5º e 6º do Código Civil de 1916, que categorizavam as graduações da capacidade de acordo com características das pessoas elencadas. Salienta-se que a incapacidade relativa da mulher casada somente deixou de ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro por meio das modificações do Estatuto da Mulher Casada, em 1962 (Lei n. 4.121/62). Confirmam-se os artigos em sua redação original: “Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.”

<sup>7</sup> Atualmente, o termo “curatela” é mais adequado para se referir ao processo de nomeação de curador (a) à pessoa com deficiência, uma vez que, além de a Lei Brasileira de Inclusão não fazer mais uso do vocábulo “interdição”, compreende-se que o termo condiz com o propósito de personalização de institutos do direito civil. Não se ignora que o Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015) insiste em fazer uso do termo anterior ao dedicar a Seção IX do Capítulo XV “Procedimentos de jurisdição voluntária” a medidas processuais necessárias à interdição. (ROSENVALD, 2015, p. 778-780).

<sup>8</sup> Esse modelo foi adotado na Constituição Brasileira de 1891 que, em seu artigo 71, parágrafo 1º chegava ao ponto de suspender a cidadania da pessoa com deficiência física ou “moral”: “Art 71 - Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem nos casos aqui particularizados. § 1º - Suspendem-se: a) por incapacidade física ou moral; [...]”.

atrocidades e exclusões no Brasil, como o vivenciado no hospital “Colônia” no município de Barbacena, Minas Gerais<sup>9</sup>. Para esse modelo, os impedimentos corporais e mentais da pessoa levariam ao resultado de sua desvantagem social, em relação direta de causalidade (BARBOSA; DINIZ; SANTOS, 2009). Ou seja, diagnosticada como deficiente pelo saber médico, a condição da pessoa perante o Direito, após processo de interdição, situaria a sua “essência real” na “roupagem metafórica” da incapacidade absoluta<sup>10</sup>.

Embora a capacidade civil fosse a regra e a incapacidade civil a exceção, a abertura normativa para declaração de incapacidade civil da pessoa com deficiência, sob a justificativa de proteger seu patrimônio, acabava por transferir o poder de decisão sobre este e questões existenciais à figura do curador.

Apesar do movimento de repersonalização das categorias do direito civil a partir da leitura sistemática pelas lentes da unidade da Constituição Federal de 1988<sup>11</sup>, o Código Civil de 2002 continuou a prever a hipótese de incapacidade absoluta da pessoa com deficiência em lógica ainda voltada ao modelo médico. Seu artigo 3º, inciso II, categorizava como absolutamente incapazes os “que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e seu artigo 4º, incisos II e III, classificava como “relativamente incapazes” aqueles “que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (artigo 4º, inciso II) e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”.

Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares criticam esse regime único de incapacidades reproduzido no Código Civil de 2002 por ter abrangido sob o significante “absolutamente incapaz” um número plural de possibilidades, em lógica de “tudo-ou-nada”, de modo que a pessoa assim classificada o seria para todos os atos da vida civil: dos patrimoniais aos extrapatrimoniais (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 41). Para que se enxergasse a

<sup>9</sup> A obra de Daniela Arbex deu voz a relatos de pessoas que passaram pela instituição entre as décadas de 1950 a 1980 e chegou a dados estarecedores: “Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento. Eram homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta e três eram crianças”. (ARBEX, 2013, p. 13-14).

<sup>10</sup> O poema “Essência” é de autoria da poetiza paranaense Helena Kolody: “Oculta na roupagem metafórica palpita a essência real” (KOLODY *apud* CRUZ, 2010, p. 87).

<sup>11</sup> Há corrente doutrinária que defende a hermenêutica “civil-constitucional” e propõe a leitura do direito civil de modo constitucionalizado, interpretando seus institutos sob a perspectiva pessoa, isto é, de forma repersonalizada. Essa corrente tem como um de seus principais marcos teóricos o autor italiano Pietro Perlingieri, que defende a hermenêutica tópico-sistemática do ordenamento jurídico, considerando-o um sistema unitário. (PERLINGIERI, 2002).

pessoa, sua vontade, ainda que sob a roupagem formal da incapacidade absoluta deveria ser considerada em algum grau.

A doutrina sedimentou essa interpretação repersonalizada do regime das capacidades no Enunciado n. 138 da III Jornada de Direito Civil, realizada em 2004 pelo Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor: “Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem o discernimento para tanto”.

Ainda no bojo da redação original do Código Civil de 2002, a que foi conferida a citada interpretação, Judith Martins-Costa (2009, p. 317) ressalta que a capacidade de exercício “*apresenta escalonamentos*, graduações, que vão da incapacidade absoluta (para todos os atos da vida civil) à relativa (para alguns atos, ou à maneira de exercê-los, que pode requerer a assistência ou a representação)”. A autora interpretava as disposições do Código Civil como instaurador da “capacidade de consentir”: uma forma de capacidade embasada no grau de discernimento da pessoa, o que levaria ao exame do grau de responsabilidade do ser humano em si mesmo e correlacionar-se-ia aos direitos personalíssimos, por perscrutar o grau de compreensão e potencialidades da pessoa sobre o que lhe é dito (MARTINS-COSTA, 2009, p. 320-321 e 326).

O aludido critério insere-se na lógica do Enunciado n. 138 da III Jornada de Direito Civil e se afasta do modelo puramente médico de compreensão da deficiência, para se aproximar das possibilidades concretas da pessoa categorizada como absolutamente ou relativamente incapaz.

Tal regime de capacidades, porém, sofreu alterações estruturais a contar do emergir do modelo social de leitura sobre a pessoa com deficiência, o qual permeia a redação da Convenção de Nova Iorque. Anuncia-se o problema que se revela nos dias atuais: a eliminação da categoria de incapacidade absoluta para as pessoas com deficiência e a elevação da noção de capacidade legal como regra. No tópico seguinte, detalham-se essas e outras questões subjacentes.

### 3 Capacidade legal: Convenção de Nova Iorque e o modelo social

O regime clássico das capacidades, ancorado no modelo médico, sofre mudanças basilares por meio do paradigma enunciado pela Convenção de Nova Iorque, que buscou a inclusão de movimentos representativos do grupo no debate em respeito ao lema “*Nothing*

*about us without us*<sup>12</sup>. Esse tratado internacional foi assinado pelo Brasil em Nova Iorque, Estados Unidos da América, em 30.03.2007 e sua ratificação pelo Congresso Nacional ocorreu em 2008 através do Decreto Legislativo n. 186, em consonância com o procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal. Ou seja, consiste no primeiro – e, até então, único – tratado internacional de direitos humanos com *status* material e também formal de Emenda à Constituição, em vigor no plano interno desde o Decreto Presidencial n. 6.949 de 2009.

Seu conteúdo e comandos não possuem mero caráter “supralegal”<sup>13</sup>, mas sim constitucional em aspecto material e formal. Portanto, por ser referente a normas com aplicabilidade imediata e incidência direta em todo o ordenamento jurídico, os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro voltaram-se à adequação de sua legislação interna, ao efetivo combate à discriminação e à promoção do desenvolvimento das potencialidades da pessoa com deficiência. Contudo, em que pese seu caráter constitucional, as mudanças exigidas no plano interno só foram operadas com a promulgação de lei ordinária.

Em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão das pessoas com deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) foi instituída como microsistema protetivo<sup>14</sup> do grupo vulnerável e previu mudanças substanciais ao regime das capacidades para as pessoas com deficiência. Embora haja quem critique a demora da alteração legislativa (MENEZES, 2016), bem como imperfeições da redação final, é de se observar que o referido documento legislativo é tentativa de concretizar as frentes priorizadas pela Convenção de Nova Iorque.

E são três as frentes que se destacam na redação do tratado: i. o desenvolvimento humano e de habilidades da pessoa com deficiência desde sua infância; ii. a promoção de facilidades quanto ao deslocamento e acessibilidade da pessoa com deficiência; iii. a busca pela eliminação da discriminação e, por derradeiro, favorável à igualdade substancial.

<sup>12</sup> James I. Charlton relata as experiências vividas por pessoas com deficiência em diferentes partes do globo e demonstra a importância do debate com participação direta dos destinatários das normas sobre deficiência física, mental, intelectual e sensorial. (CHARLTON, 2000).

<sup>13</sup> A supralegalidade foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.466.343/SP, em que se discutiu a natureza dos tratados internacionais sobre direitos humanos no sistema jurídico brasileiro. O debate girou em torno do entendimento prevalente em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 de que essas tratativas seriam consideradas lei ordinária federal no plano interno. O caso concreto que originou o Recurso versava sobre a ilegalidade da prisão por dívida de devedor fiduciante (equiparado ao depositário infiel). Os votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes são realçados na leitura do acórdão, tendo o segundo apresentado a classificação sobre o *status* dos tratados e convenções sobre direitos humanos sob quatro vértices: supraconstitucional, constitucional, supralegal e legal. (BRASIL, STF, 2009).

<sup>14</sup> A construção de microsistemas acompanha o que se denomina de processo de *descodificação* do Direito Civil, que foi mais intenso quando ainda vigente o Código Civil de 1916. De todo modo, a existência de leis especiais que verticalizam a proteção de grupos circunstancialmente vulnerados deve ser justificada e unificada pela Constituição Federal. (TEPEDINO, 2007, p. XVII).

O cerne das alterações no regime das capacidades que o presente estudo aborda localiza-se na terceira dessas frentes e consta do artigo 12 da referida Convenção internacional, ora transcrito em sua integralidade:

#### Artigo 12

##### Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

O artigo demonstra um conceito conglobante de capacidade, baseado em juízo concreto (ARAUJO; PIANOVSKI RUZYK, 2017, p. 233), exhibe a opção de perceber a pessoa com deficiência desatrelada do modelo biomédico e, principalmente em seus incisos 4 e 5, evidencia a concepção social da deficiência. Isto significa dizer que a deficiência é questão relacional que exige da sociedade e da intervenção pontual do Estado a aplicação de medidas em prol da igualdade da pessoa que sofre opressões decorrentes do ambiente despreparado para receber sua corporalidade (DINIZ, 2012, p. 19), seja por uma característica física, mental, intelectual ou sensorial.

O modelo social inscrito na Convenção de Nova Iorque determina a eliminação de diferenças nas legislações no que concerne à “capacidade legal” da pessoa com deficiência. Nesse trilhar, a interpretação que ganha espaço para o conteúdo da “capacidade legal” é a partilhada pelo Comissariado da União Europeia, que a compreende como sinônimo de

“capacidade jurídica”, sem a distinção entre “capacidade de direito” e “capacidade de exercício” (CONCIL OF EUROPE, 2012).

A partir das lições de Amita Dhanda, o Commissariado da União Europeia identifica três abordagens (*approachs*) dos sistemas jurídicos ocidentais para tratar dos atos civis das pessoas com deficiência, levando em consideração as gradações da capacidade de fato. A primeira é denominada “*status approach*” (“abordagem do estado”) e iguala a deficiência à incapacidade da pessoa em tomar decisões, em lógica binária (capaz/incapaz) e estritamente médica. A segunda abordagem é a “*outcome approach*” (“abordagem do resultado”), que sublinha a “razoabilidade” da decisão para, em momento posterior, submetê-la a exame de validade, o que reflete a racionalidade adotada antes das alterações da legislação brasileira. Por fim, a abordagem funcional, “*functional approach*”, tem como epicentro a capacidade cognitiva da pessoa para compreender com clareza, nos limites das especificidades que vivencia, as opções de escolha e possíveis consequências destas (CONCIL OF EUROPE, 2012, p. 13-14): eis a proposta da Convenção de Nova Iorque que tanto desestabiliza o tradicional conteúdo atribuído à capacidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Da abordagem funcional, consagram-se os seguintes princípios: “*in dubio pro capacitas*”<sup>15</sup>, “intervenção mínima” e “beneficência”. O primeiro consiste em fazer prevalecer a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, ainda que mental, nos casos de dúvida. O segundo princípio revela que, se for o caso de intervir na supressão da vontade da pessoa com deficiência, que assim se faça de forma pontual e com especificação sobre quais atos ela não poderá faticamente expor suas preferências. Por fim, o terceiro princípio é diretriz para que as decisões acerca da vida e bens da pessoa com deficiência devam sempre se voltar a seu melhor interesse sem, todavia, furtá-la também do direito de errar (CONCIL OF EUROPE, 2012, p. 12).

Pensar nas pessoas com deficiência pelo prisma principiológico parte da premissa das inúmeras conjunturas que levam a categorizar um ser humano nessa classificação, o que, como visto, não pode ser uma tarefa restrita ao paradigma biomédico. As diferentes formas de experimentar o mundo nas múltiplas vivências não se reduzem concretamente a um só significante. As deficiências física, sensorial, intelectual e mental admitem gradações das potencialidades, desde a pessoa com paralisia cerebral e que tem mobilidade reduzida, até aquela com síndrome de Down que conclui o ensino superior. Assim, é de se refletir quais os

<sup>15</sup> Em tradução livre: “na dúvida, optar pela capacidade plena”.

graus de liberdade que permeiam essas existências e de que modo a abordagem funcional da Convenção encontra tradução no regime das capacidades do direito civil brasileiro. É o que se pretende abordar no item a seguir.

#### **4 Novos sentidos para a capacidade civil: o paradigma do Estatuto da Pessoa com Deficiência e os passos em direção à liberdade substancial**

A Convenção de Nova Iorque, como pontuado nos itens anteriores, integra o ordenamento jurídico brasileiro como parte da Constituição Federal e, apesar da mora do poder legislativo em alterar formalmente as leis infraconstitucionais que estavam em desconformidade com seus comandos, em 2015 foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Até o início de 2016, as regras que disciplinavam a “capacidade de fato” no Brasil seguiam a racionalidade inaugurada no Código Civil de 1916 e acompanhada pelo diploma de 2002 – ainda que com as interpretações repersonalizadas dadas pela doutrina.

A incapacidade para os atos da vida civil de cunho patrimonial obstavam a tomada de decisões também no âmbito existencial pela pessoa com deficiência (mental ou intelectual, preponderantemente). Em perspectiva de adequação da sociedade ao modelo social de abordagem da pessoa com deficiência, clama-se pelo reconhecimento de emancipação desse grupo e pela igualdade formal e substancial quanto à capacidade civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de provocar mudanças legislativas, consolidou instrumentos que visam à independência de seus destinatários e desestabilizou as estruturas do regime das capacidades. A redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil após as referidas alterações assim ficou:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Desse modo, a incapacidade absoluta restringe-se no atual sistema normativo tão somente aos menores de dezesseis anos de idade. A exclusão da pessoa com deficiência do rol de absolutamente incapazes é fruto do comando do artigo 12 da CDPD (reproduzido no item

anterior), bem como do artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual também deixa clara a inexistência de restrições à capacidade de fato para a prática de atos de viés existencial, como casamento e união estável:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (Grifou-se)

Essa lógica harmoniza-se com a abordagem funcional da deficiência (*functional approach*), bem como condiz com as diretrizes do movimento doutrinário de “repersonalização do direito civil”, o qual tem por afã a despatrimonialização de institutos previstos classicamente para enfatizar o papel central da pessoa. Nelson Rosenthal afirma que até o momento das alterações das regras pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevalecia no Código Civil de 2002 a teoria oitocentista das incapacidades, que gerava o isolamento da pessoa com deficiência e a impedia de ser sujeito de direito pleno perante o direito privado (ROSENTHAL, 2016), tal como observado no item 2 do presente artigo.

A abordagem funcional e a repersonalização do regime das capacidades são intrinsecamente ligadas ao exame das liberdades da pessoa com deficiência (PIANOVSKI RUZYK, 2011).

A liberdade formal, ou liberdade como abstração, é aquela garantida formalmente a todos – pensada para indivíduos abstratamente iguais perante a lei<sup>16</sup> – atribuída uniformemente e que permite a autorregulação de interesses privados por meio da liberdade positiva. Esse perfil abstrato origina-se do sujeito de direito atomizado e, do ponto de vista de Luiz Edson Fachin, pode vir a excluir do direito civil a consideração sobre vivências concretas (2003, p. 85-86).

Por outro lado, a liberdade substancial, embora não possa ser qualificada como “oposto” da liberdade formal, em muito se diferencia desta. Amartya Sen a relaciona “[a]os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as

<sup>16</sup> Celso Antonio B. de Mello entende que o princípio da igualdade deve ser considerado sob um duplo aspecto: o de igualdade *na lei e perante a lei*. Esta diz respeito à igualdade formal, enquanto aquela à igualdade material. (MELLO, 2010, p. 9-10.)

pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.” (SEN, 2010, p. 32). O citado autor complementa que a liberdade como desenvolvimento humano não se dissocia da expansão de capacidades ou meios factíveis para a concretização da forma de vida por si valorizada (SEN, 2010, p. 33).

Ponderando as alterações ao regime das capacidades e tendo como percurso os perfis da liberdade no sentido formal e substancial, descortina-se a hipótese transversal ao presente trabalho, resumida em dois questionamentos: a liberdade substantiva da pessoa com deficiência é resguardada através da sua qualificação como plenamente capaz? O tratamento legal sem distinção ou gradação da capacidade de fato, do contrário, compromete sua proteção?

Essas perguntas foram indiretamente tangenciadas ao longo dos itens anteriores e exigem enfrentamento direto, ainda que não seja possível uma resposta em proporcional assertividade. O que se delineou a respeito do modelo médico de enfoque da pessoa com deficiência, equivalente principalmente à abordagem “de estado” (*status approach*), é que havia a pretensão de proteção da pessoa com deficiência, porém, tal proteção era exacerbadamente paternalista autoritária, por desconsiderar ou desqualificar sua vontade ao ocultar a “essência real” da pessoa com deficiência à classificação como absolutamente incapaz.

Por sua vez, o modelo social e a abordagem funcional (*functional approach*) também encontram seu núcleo na proteção da pessoa com deficiência, contudo, sua perspectiva centra-se na expansão da liberdade substancial, que é minimamente garantida pela liberdade e igualdade no sentido formal.

O dilema que persiste nas duas formas de tratamento do regime das capacidades é “libertar sem deixar de proteger”.

Diante desse dilema, examinam-se brevemente as modificações que giram em torno da curatela e da inovação da “tomada de decisão apoiada”<sup>17</sup>. O processo de interdição não é mencionado na Convenção de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência esclarece no artigo 84, §3º que ela será medida protetiva extraordinária e pontual pelo menor período possível, o que consagra os princípios “in dubio pro capacitas” e da intervenção mínima. O parágrafo segundo do mesmo dispositivo prevê a possibilidade de ser instituído o instrumento de “tomada de decisão apoiada”, que preserva a capacidade plena da pessoa com deficiência e possibilita que, para a decisão de alguns atos da vida civil a própria pessoa possa eleger dois

<sup>17</sup> Outras discussões têm por objeto as modificações perpetradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, como a respeito da interpretação a ser dada quanto a prazos prescricionais concernentes à pessoa com deficiência<sup>17</sup> e à invalidade de atos por ela praticados (SILVA; SOUZA, 2016).

apoiadores de sua confiança que terão o dever de informá-la a respeito das características e possíveis efeitos de suas escolhas<sup>18</sup>.

Essas modificações e inserções de institutos no direito civil brasileiro no âmbito dos regimes das capacidades recebem diferentes interpretações da doutrina pátria hodierna.

Em mapeamento doutrinário, registra-se o posicionamento de Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 509-544), Nelson Rosenthal (2016, p. 91-110), Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Alberto David Araújo (2017, p. 227-256) que leem o novo paradigma como condizente com a Convenção, pela imperativa releitura do regime das capacidades com o fim de ampliar as liberdades da pessoa com deficiência mental e/ou intelectual. Os referidos autores ressaltam que, muito embora as alterações e redação dadas pela Lei Brasileira de Inclusão tenham imperfeições, é dever dos juristas interpretá-las de forma coerente com os comandos da Convenção de Nova Iorque, norma constitucional, destacando-se nesta oportunidade a perspectiva de Rosenthal:

[...] não há como desconstruir a realidade inerente à imperfeição humana e às vicissitudes que a todos afetam, em maior ou menor grau. Em um Estado Democrático de Direito, o pluralismo demanda o respeito pelas diferenças e não o seu aniquilamento. O Estatuto da Pessoa com Deficiência não eliminou a teoria das incapacidades, porém, adequou-a à Constituição Federal e à CDDP. (ROSENTHAL, 2015, p. 745)

Por outro viés, citam-se os posicionamentos de Regina Beatriz Tavares (2017), Flávio Tartuce (2015) e de José Fernando Simão (2015), que entendem que as alterações da Lei Brasileira de Inclusão devam ser em desconsideradas para que manter sistema protetivo da pessoa com deficiência. Regina Beatriz Tavares interpreta o artigo 12 da Convenção como atinente à igualdade da capacidade de direito, e não à capacidade de fato e José Fernando Simão defende que a redação anterior do Código Civil, ao definir as pessoas absolutamente e relativamente incapazes, seria mais protetiva, principalmente para os casos de pessoas cuja vontade não pudesse de modo algum ser exteriorizada, em razão de sua deficiência.

Exposto o estado da arte da divergência doutrinária atual, volta-se a atenção a projeto de lei que tem por objetivo alterar algumas previsões do Código Civil dadas pela Lei Brasileira de Inclusão. O Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015 foi proposto em dezembro de 2015 pelos senadores Paulo Paim (PT-RS) e Antonio Carlos Valadares (PSB-SE) e atualmente

<sup>18</sup> A tomada de decisão apoiada encontra institutos análogos na legislação italiana, francesa, argentina, canadense e tcheca, sendo tais instrumentos formas de salvaguarda que ampliam a liberdade substancial da pessoa com deficiência. (MENEZES, 2016, p. 526).

está sob exame da Comissão de Constituição e Justiça da referida Casa Legislativa. Dentre as alterações propostas, sugere-se a repristinação de alguns enunciados normativos.

O projeto atribui maior encargo ao Poder Judiciário para definir a extensão dos poderes do(a) curador(a), especialmente em casos de pessoas que não tenham meios de exprimir sua vontade em razão da deficiência. O documento foi objeto de parecer jurídico de Flávio Tartuce, que observou a mudança de eixo do paradigma “dignidade-vulnerabilidade” para o paradigma “dignidade-igualdade-inclusão”. De acordo com o parecerista, as principais imperfeições da redação do Estatuto da Pessoa com Deficiência residem nas alterações do regime das capacidades.

O parecer perpassa doze pontos que são objeto do projeto de lei, ora sinteticamente indicados. Defende-se ao retorno parcial da redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, para permitir a possibilidade de pessoa maior de idade ser considerada absolutamente incapaz em situações diferentes da pessoa com deficiência (TARTUCE, 2016, p. 05).

O parecer compreende ser preciso alterar a previsão de nulidade absoluta de casamento celebrado por pessoa incapaz (artigo 1.548 do Código Civil) e do processo de curatela. Sugere a modificação da previsão quanto à tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A do Código Civil) e avalia as propostas de proteção a terceiros adquirentes de bens da pessoa com deficiência mediante a inserção de mais um parágrafo ao artigo, a fim de remediar lacuna quanto às invalidades dos negócios jurídicos celebrados com pessoa apoiada.

Outras pontuações apresentadas no parecer dizem respeito à repristinação dos artigos 1.768, 1.770, 1.771 e 1.773 do Código Civil (revogados em decorrência de “atropelamentos legislativos”); aos limites da curatela, delineados no artigo 1.772; à inclusão do artigo 1.780-A para reintroduzir a chamada “curatela do enfermo ou portador de deficiência física”; ao processo de curatela no Código de Processo Civil; à aplicação residual das regras referentes à curatela para aquelas destinadas à tomada de decisão apoiada; e à inclusão do artigo 1.768-B ao Código Civil, que teria por objeto os limites da curatela e a previsão excepcional de sua extensão a atos não patrimoniais nos casos em que a pessoa não tiver discernimento suficiente para sua prática. Tartuce rejeita em parte essa última proposta, entendendo que a Convenção de Nova Iorque veda a atuação de terceiros sobre os atos de natureza existencial e que os limites da curatela estariam definidos no artigo 775 do Novo Código de Processo Civil e repristinação do artigo 1.772 do CC.

O décimo primeiro tópico do parecer avalia a introdução do artigo 1.775-B ao Código Civil, refletindo a hipótese de reabilitação de interditos. Além de criticar o termo “interdito”, a

que o projeto faz referência, o parecerista sugere inclusão de parágrafo que esclareça regra de direito intertemporal, que atinja pessoas com deficiência declaradas absolutamente incapazes no regime anterior. Há quem defenda que, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, toda pessoa assim qualificada deva ser considerada plenamente capaz, por se tratar de lei de estado de pessoa natural com eficácia imediata (SIMÃO, 2015). Em todo o caso, Tartuce opinou pela realização de audiências públicas no Senado para aperfeiçoamento desse dispositivo.

Por fim, o parecer examina a alteração do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que passaria ser redigido nos seguintes termos: “A curatela das pessoas com deficiência será limitada aos aspectos considerados estritamente necessários para a defesa e a promoção de seus interesses, preferencialmente limitando-se aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil” (TARTUCE, 2016, p. 32). Tartuce observa que a limitação de atos existenciais através da curatela fere os ditames da Convenção de Nova Iorque, que integra a Constituição Federal, devendo essa modificação ser rejeitada.

Diante dessas inquietações, é indispensável observar o conteúdo pretendido pela Convenção de Nova Iorque. Em comentários ao Tratado, o Governo Federal salientou a pretensão da Convenção em promover não apenas a igualdade formal das pessoas com deficiência, mas também a igualdade em sentido substancial de equiparação de oportunidades (RAWLS, 2002). E essa igualdade substancial no âmbito da Convenção de Nova Iorque é vital num cenário multicultural em que a interpretação sobre o que seria “vida” poderia se restringir a formas de vida com características definidas pela abordagem médica, permitindo-se até mesmo argumentos de viés tendentes à eugenia (BRASIL, 2014, p. 87).

A interpretação constante dos comentários do Estado brasileiro à Convenção de Nova Iorque é no sentido de promover a igualdade formal da capacidade civil, tanto de direito, quanto de fato, porém, garantir salvaguardas efetivas ao exercício dos atos civis. Tais salvaguardas devem se atentar às reais condições da pessoa com deficiência manifestar sua vontade, de modo a prevenir abusos, tanto em esfera existencial, quanto patrimonial.

A partir da incidência do princípio da intervenção mínima, interpreta-se que a curatela em procedimento de “interdição” – seguindo-se a nomenclatura do Novo Código de Processo Civil – deva ser em regra parcial e apenas a atos civis previamente indicados, sendo mantida a capacidade legal plena como corolário do princípio “*in dubio pro capax*”.

Considerando esses apontamentos, as questões levantadas sobre o resguardo da liberdade substantiva pela Convenção através da classificação das pessoas com deficiência

como plenamente capazes, assim como a sua proteção sem distinção ou gradação da capacidade de fato, encontram respostas no propósito de busca por igual tratamento material no âmbito do regime das capacidades e consequente resguardo da liberdade substantiva desse grupo.

## 5 Considerações Finais

As mudanças que atingiram o regime jurídico das capacidades alcançam dimensão afeta à exclusão da pessoa com deficiência na realidade dos fatos. Ao analisar comparativamente o que se entende por capacidade civil na doutrina clássica e contemporânea, o estudo demonstra o caminho trilhado para a conquista e garantia de igualdade formal e material desse grupo de pessoas vulneráveis.

O comando de equiparação da capacidade legal às pessoas com deficiência é extraído do artigo 12 da Convenção de Nova Iorque e reflete o modelo social e abordagem funcional da deficiência, lógica presente no atual ordenamento jurídico como norma formal e materialmente constitucional.

Ao se ponderar as alterações do regime das capacidades e tornar a capacidade civil plena a regra a ser seguida com a garantia de medidas de salvaguarda, depreende-se o estímulo à afirmação da liberdade em seu perfil substantivo. Isto é, protege-se a possibilidade de a pessoa com deficiência ser capaz para exercer atos civis por conta própria, provendo a ela os meios mínimos para que a exteriorização de sua vontade seja feita em respeito às suas potencialidades. Em caso de não ser possível a constatação de sua vontade, assegura-se que as decisões atinentes à sua vida e patrimônio sejam guiadas pelo princípio da beneficência.

A pretensão da Convenção de Nova Iorque e das mudanças legislativas provocadas em âmbito interno é resguardar a igualdade das pessoas com deficiência sob prisma formal e substancial e, justamente por assegurar patamares mínimos de instrumentos e salvaguardas para sua proteção, é que são ampliados também os perfis formal e substancial também da liberdade. Logo, a resposta para as perguntas levantadas ao longo do estudo, ao menos a partir da leitura ora desenvolvida, é que a eliminação das gradações da capacidade de fato resulta em um cenário de igualdade na lei e a previsão de salvaguardas (garantidas pela curatela parcial, excepcionalmente total, e pela tomada de decisão apoiada) auxilia na ampliação do rol capacitório das pessoas com deficiência e, conseqüentemente, na sua liberdade substantiva.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil demandam reparos em sua redação, para tornar claras as conseqüências para, por exemplo, matéria de

prescrição, muito embora uma interpretação guiada pela unidade sistemática possa auxiliar na aplicação dos novos paradigmas da capacidade civil.

O caminho percorrido neste estudo leva à conclusão de que o Direito cumpre função promocional de busca pela igualdade e liberdade da pessoa com deficiência ao fornecer meios para a concretização de direitos fundamentais. Os novos paradigmas do regime da capacidade civil permitem que a pessoa com deficiência vivencie possibilidades de escolha sobre os rumos de sua própria vida com efetiva liberdade e sem o calar sustentado por um sistema que oculte a “essência do real em roupagens metafóricas” (KOLODY *apud* CRUZ, 2010, p. 87).

## 6 Referências utilizadas

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARBEX, Daniele. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 227-256. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/867/330>>. Acesso em: 03/07/2017.

BARBOSA, Livia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur Revista Internacional de direitos humanos**. V. 6. N. 11. Dez. 2009, p. 66. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8216>>. Acesso em: 31/05/2017. p. 65-77.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd\\_2010\\_religiao\\_deficiencia.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf)>. Acesso em: 30/05/2017.

\_\_\_\_\_. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. **Balanço anual da ouvidoria nacional de direitos humanos 2015**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2016/janeiro/CARTILHADIGITALBALANODODISQUE1002015.pdf>>. Acesso em: 25/06/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 466.343/SP**, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 em: 04/06/2009.

CAVICHIOLO, Rafael. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de pós-graduação em Direito da UFPR. Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel. Curitiba, 2006. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007814.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007814.pdf)>. Acesso em: 30/05/2017.

CHARLTON, James I. **Nothing about us without us**: disability, oppression and empowerment. Los Angeles: University of California Press, 2000. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=L\\_WZaVAoS4EC&oi=fnd&pg=PP1&dq=nothing+about+us+without+us&ots=5kw10f\\_z3J&sig=MpO-CG1D75TZa1wsQ9Yfjc8vGIY#v=onepage&q=nothing%20about%20us%20without%20us&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=L_WZaVAoS4EC&oi=fnd&pg=PP1&dq=nothing+about+us+without+us&ots=5kw10f_z3J&sig=MpO-CG1D75TZa1wsQ9Yfjc8vGIY#v=onepage&q=nothing%20about%20us%20without%20us&f=false)>. Acesso em: 08/06/2017.

CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?**: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 06/06/2017.

CRUZ, Antonio Donizete da. **Helena Kolody**: a poesia da inquietação. Marechal Cândido Rondon: Edunioeste, 2010.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Forense, 2009, p. 299-345.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: \_\_\_\_\_. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 509-544.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo I. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 157.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: **O direito civil**: entre o sujeito e a pessoa. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39-56.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almino Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 731-799.

\_\_\_\_\_. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 91-110.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade. Parte I. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 28/06/2017.

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. In: **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/autonomia-discernimento-e-vulnerabilidade/>>. Acesso em: 28/06/2017.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. **Migalhas**. 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 28/06/2017.

TARTUCE, Flávio. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil**, p. 05 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>>. Acesso em: 16/06/2017.

TAVARES, Regina Beatriz. Certezas e incertezas após o primeiro ano de vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Estatão**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/certezas-e-incertezas-apos-o-primeiro-ano-de-vigencia-do-epd-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 28/06/2017.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XV-XXXIII.

## O ASPECTO ELEMENTAR DO ART. 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM NOVO MODELO PROCESSUAL PARA UM NOVO MODELO CONSTITUCIONAL

*Guilherme Christen Möller\**

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil; Direito Constitucional; Neoconstitucionalismo; Novo modelo processual; Art. 1º do Código de Processo Civil.

**Resumo:** Tendo por objetivo analisar o artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015 na perspectiva hermenêutica do seu aspecto elementar, por meio de um estudo bibliográfico, abordar-se-á neste artigo os principais pontos acerca da temática, para tanto, iniciando-se fazendo uma abordagem sobre o CPC de 2015 na perspectiva do seu artigo 1º, seguindo-se analisando o neoconstitucionalismo e a constitucionalização da legislação processual civil, e, ao fim, estudando-se o problema deste trabalho, o objetivo elementar do artigo 1º do Código de Processo Civil não seria demonstrar que se precisa de um novo modelo processual para acompanhar esse novo modelo constitucional iniciando a partir de 1985? Nessa perspectiva, conclui-se que sim, há a necessidade de pensar no artigo em questão como tendo sentido de impulsionar a busca por interpretar e ter um novo modelo processual para corresponder aos fins esperados pelo novo modelo constitucional.

### 1 INTRODUÇÃO

Objetivo fim de um novo código é aprimorar a própria ciência jurídica que ali se discute e superar “defeitos” que surgiram no decorrer da sua evolução.

São necessárias novas codificações quando a mera consolidação de questões extravagantes ou de entendimento não forem suficientes para exprimir a nova metodologia de determinado ramo jurídico. Viu-se essa necessidade em 2010 quando da elaboração e apresentação de um Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil brasileiro.

\* Graduando em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Autor de livros e de artigos científicos relacionados à Teoria Geral do Processo e ao Direito Processual Civil. Telefone: +55 (47) 9 9909-5990. E-mail: contato.guilhermemoller@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0168074867678392>.

A criação do Código de Processo Civil de 2015 não foi ocasional, afinal, foi necessária para que a codificação responsável por ditar os rumos do Direito Processual Civil brasileiro estivesse em conformidade com sua fonte superior, a Constituição Federal.

A diferença entre o CPC de 1973 para o de 2015 não chega a ser tão gritante quando ao do CPC de 1939 para o de 1973, pelo menos não na sua aparência.

Ponto semelhante entre os códigos de 1973 e de 2015 consiste no fato da repetição de determinados dispositivos, ou a ampliação doutros apenas para fins de explicar a redação ali contida. Aliás, não se tratam de modificações, mas de uma inovação jurídica, afinal o individualismo do CPC de 1973 foi confrontado com ideias socialistas da Constituição Federal de 1988, resultando em uma nova codificação que buscasse um processo cooperativo.

A cooperação não é a única linha metodológica que molda o CPC de 2015. A democracia em que essa codificação foi elaborada e aprovada não pertenciam ao momento histórico da elaboração e aprovação dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, haja vista que foram elaboradas em regimes de exceção.

Nessa perspectiva, surge um debate acerca da interpretação do que se deve ter pelo art. 1º do Código de Processo Civil, “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. (BRASIL, 2015).

Será mesmo que a mera interpretação do art. 1º do CPC no sentido de que representa a força normativa constitucional, concomitante a constitucionalização do Direito Processual Civil, basta para os fins hermenêuticos que se deram pela sua construção?

O objetivo que se tem por este estudo é analisar o sentido doutrinário que se deve ter pelo art. 1º do CPC e dar destaque ao seu aspecto elementar, o que, até mesmo, é o aspecto elementar de todo o Código de Processo Civil de 2015, conforme ver-se-á na sequência.

### 2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015) NA PERSPECTIVA DO SEU ARTIGO PRIMEIRO

Dispõe o art. 1º do Código de Processo Civil que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

Da análise primária do referido artigo faz saber que a ciência processual civil brasileira deve ser aplicada à luz da Constituição Federal (BRASIL, 1988), entretanto, concomitante à análise do Código de Processo Civil. Errado não estaria o leitor caso restringisse a sua ideia acerca do referido artigo, no entanto seu texto abre caminho hermenêutico que vai além dessa exímia conclusão.

Essa disposição contida no artigo exposto agora acima não possui viés inócuo ou abre espaço para discussão inoportuna, pelo contrário, decorre da própria lógica do movimento de nova codificação processual.

Antes da reforma legislativa de uma codificação processual é necessário o rompimento de ideologias arcaicas – isso quando não obsoletas – sobre a matéria, bem como semear e cultivar a ideia de supervalorizar a devida prestação de uma tutela jurisdicional justa, ainda mais no atual cenário da hermenêutica jurídica brasileira. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

O anteprojeto do que viria a se tornar o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), bem como o seu texto final, foram desenvolvidos num cenário jurídico totalmente diverso daqueles em que as demais codificações processuais foram elaboradas, notadamente os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, isso por um fator temporal de extrema relevância: a inexistência de regime de exceção quando da sua concepção; e por um fato jurídico de extrema relevância: a inserção de um novo modelo constitucional no Brasil, desenhando numa seara social e democrática, conforme será visto no próximo capítulo. (MÖLLER, 2017).

Se é para pensar em nova codificação para o processo civil, é imprescindível que o Código apareça marcado pela nossa cultura – que é a cultura do Estado Constitucional – e possa servir à prática sem descurar das imposições que são próprias da ciência jurídica, como necessidade de ordem e unidade, sem as quais não há como falar em sistema nem tampouco cogitar da coerência que lhe é essencial. Isto quer dizer que o Código deve ser pensado a partir de eixos temáticos fundados em sólidas bases teóricas. Um Código de Processo Civil, como parece óbvio, deve ser orientado a partir de uma linha teórica. Não lhe basta o instituto pragmático. É a partir da sua inspiração teórica que se pode surpreender a sua unidade. Fora daí, corre-se o grave risco de codificar-se sem sistema. Rigorosamente, aliás, não se poderia sequer falar em um Código sem que nele se exprimissem um sistema – sistema que no Estado Constitucional, diga-se de passagem, deve ser qualificado como um sistema de autorreferências relativa ou relativamente aberto, dada a nova teoria das normas e a técnica legislativa que lhe são próprias. Isso de modo nenhum quer dizer, todavia, que um Código de Processo Civil não deve servir à prática ou, muito menos, que não deve se preocupar com problemas concretos. É claro que não. Um Código de processo Civil tem antes de qualquer coisa um compromisso inafastável com o foro. Deve servi-lo. Este compromisso, contudo, deve ser entendido e ampliado dentro de um quadro teórico coerente. A recíproca implicação entre teoria e prática deve ser constante a fim de que

a legislação processual civil possa constituir meio efetivamente idôneo para resolver problemas concretos, cumprindo com o seu desiderato de outorga adequada proteção ao direito fundamental ao devido processo. Para que o direito processual civil possa realmente ter a sua âncora na Constituição e ser compreendido como verdadeiro instrumento de efetiva proteção dos direitos, é fundamental que todo o processo civil seja orientado pelo direito material. Muito especialmente, que todo o processo seja pensado a partir da teoria da tutela dos direitos. Vale dizer: em atenção às situações substanciais carentes de tutela no plano do direito material. Se tem um direito significa antes de tudo ter uma posição juridicamente tutelável, então não há compromisso mais importante dentro do Estado Constitucional, em termos de processo civil, do que primeiro identificarem-se quais são as tutelas possíveis aos direitos. Só depois disso é que é possível cogitar da segunda etapa: aferir quais as técnicas processuais que devem ser prestadas mediante processo justo para realização do direito material. Um Código de Processo Civil que não se preocupa em bem relacionar direito e processo a partir de adequada teorização do sistema de tutela dos direitos, mediante o emprego de expressões suficientemente abertas que permitam a adequação da ação à tutela do direito pretendido pelo demandante, não pode ser encarado como um Código realmente engajado na efetivação do direito material nas suas mais variadas manifestações. Mas isto, como é pouco mais do que evidente, não é tudo. Se é necessário primeiro pensar o direito material, bem identificando as tutelas por eles prometidas, para organização de um Código de Processo Civil no Estado Constitucional, não menos importante é pensar de que forma o processo deve se estruturar a fim de que possa se apresentar realmente como um processo justo, como um processo adequado aos fins a ele colimados pelo próprio Estado Constitucional. Isto obviamente depende de particular visão a respeito das relações que se estabelecem entre o juiz e as partes e das linhas mestras que devem presidir a densificação de nosso modelo constitucional de processo. Sem que se tenha, em outras palavras, bem presentes a necessidade de colaboração do Estado para com as partes – já que o Estado não mais se afigura como o inimigo público número um e hoje tem também o dever de prestar para viabilizar a realização dos direitos fundamentais processuais civis que compõem o direito ao processo justo na legislação infraconstitucional, pouco se pode escapar em termos de redação de um Código de Processo Civil. Sem atenção à Constituição, ao direito material e à realidade social, um Código de Processo Civil pouco pode em termos de adequada, efetiva e tempestiva tutela das situações substanciais. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 60-61).

MARINONI e MITIDIERO (2010), ainda, sustentavam lá em 2010 que essa nova codificação que estava por nascer deveria estabelecer “fina sintonia com a constituição” – o que em parte até justifica o próprio exercício de codificação do CPC de 2015, afinal, no final do século passado o cenário jurídico brasileiro contava com um uma constituição visando o bem do coletivo, por outro lado, um código processual civil (CPC/1973) lapidado na cultura individualista.

Dessa linha mestra é possível tirar duas conclusões: 1) A busca em elaborar disposições não contrárias ao texto constitucional – sob pena de filtragem constitucional (BARROSO, 2006); 2) Demonstrar zelo pela força normativa constitucional, de forma a atuar como condicionante dos sentidos de todas as normas processuais – o que se dá mediante o

choque da norma infraconstitucional com a norma constitucional, levando-se assim à primeira conclusão (e ficando nesse círculo *ad eternum* quando da aplicação de qualquer norma processual).

São essas as duas conclusões possíveis – de forma direta – para o art. 1º do CPC, afinal, alegar que o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição Federal é o mesmo que dizer que quando do cumprimento do disposto no Código de Processo Civil, estar-se-á cumprindo a Constituição Federal, até porque, caso a norma que se busque o cumprimento zelar meramente por fins processuais e contrariar o disposto na Constituição Federal, é de ser reconhecida como nula, frente ao exercício de filtragem constitucional.

Se por um lado é possível retirar essas características de natureza normativa constitucional do art. 1º do CPC, é possível afirmar que a essência do Código de Processo Civil de 2015 consiste no fato de que ele foi desenhado e construído para atender a missão de um processo cooperativo e justo, o menos formal possível, buscando assumir o caráter de instrumento de efetivação do direito material (NOGUEIRA, 2001), especialmente quando se tratar de direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Antes de considerar aspectos do novo Código que se relacionam com a tutela dos direitos fundamentais processuais, importa esclarecer que os valores constitucionais que fundamentam o processo civil contemporâneo não se contentam somente com a ideia de procedimento orientado pelas garantias de participação adequada, mas reclamam que os procedimentos também seja capaz de atender às situações de direito material e às necessidades sociais carentes de tutela jurisdicional e, além disso, exigem que as decisões judiciais expressem o conteúdo dos direitos fundamentais. Em outros termos, direito à tutela judicial efetiva e processo são elementos que se conjugam quando se tem um processo civil preocupado com a tutela dos direitos. O processo deve observar os direitos fundamentais processuais que garantem a participação dos jurisdicionados e o adequado oferecimento das suas razões, mas deve estar estruturado de modo a viabilizar o efetivo alcance das tutelas dos direitos, sem que a decisão judicial se afaste do seu compromisso com as normas constitucionais. (MARINONI *et al*, 2015).

Mais correto do que apontar suas propedêuticas, seria apontar suas condicionantes práticas: ser uma ferramenta legislativa potencializadora da nova tendência processual, com o fim de buscar a melhor efetividade da tutela jurisdicional para cada processo, respeitando as garantias constitucionais do processo (CRUZ E TUCCI, 1999) e promovendo o fim da “cultura do litígio” – que se havia consolidado no Brasil – viabilizando outras formas de solucionar os conflitos, resultando indiretamente numa cooperação entre os jurisdicionados. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Assim, a premissa para um processo civil contemporâneo e missão dessa nova codificação que aqui se discute consiste na busca da possibilidade de aproximação com o direito material (CARNELUTTI, 1960)<sup>1</sup>, de modo que a técnica processual não deva mais ser vista como tendo um fim em si ou um autovalor, mesmo que essa possua sua autonomia, afinal, a função do processo é, enquanto instrumento de prestação de tutela jurisdicional, a instrumentalização das regras substanciais existentes no ordenamento jurídico “quando estas se deparam com a crise de sua inobservância *in concreto*” (THEODORO JÚNIOR, 2016), deixando a preocupação com conceitos e formas à limiar e zelando por encontrar “mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera” (BEDAQUE, 2005), não significando rejeitar o direito posto, pelo contrário, afinal, quanto mais adequado a tutela jurisdicional dos direitos subjetivos substanciais for prestada, mais efetivo será o desempenho pela técnica processual. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Não há propriamente uma inovação jurídica do art. 1º do CPC, mas sim a positivação infraconstitucional dessa característica constitucional – qual seja a força normativa constitucional<sup>2</sup>, decorrente dos eventos do neoconstitucionalismo lá em 1988. Inclusive, é a linha desenvolvida por parcela dos processualistas, como é o caso de Daniel Amorim Assumpção Neves.

Mesmo a doutrina mais entusiasmada, como o art. 1º do Novo CPC, reconhece que numa perspectiva normativa o disposto prevê uma obviedade: as normas processuais previstas no Novo Código de Processo Civil – e em outras leis extravagantes – devem ser criadas e interpretadas de acordo com os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Ainda que se possa elogiar o dispositivo legal por consagrar expressamente a força normativa do texto constitucional, o seu conteúdo não traz qualquer novidade

<sup>1</sup> Para CARNELUTTI, entre o direito material e o direito processual existe uma relação circular, sendo que o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele. Entra-se, aqui, em uma discussão acerca da teoria circular dos planos, a relação entre direito material e direito processual, e, em suma, essa teoria, seguindo-se os ensinamentos do professor CARNELUTTI, inobstante ao fato da autonomia de cada ramo da ciência processual, inclusive, estando em planos distintos, um depende do outro, porquanto o Direito material projeta, faz planos, idealiza uma sociedade justa e igualitária, enquanto, o processual, põe em prática. Os dois ramos se completam, e não concorrem entre si. Nesse sentido: CARACIOLA, Andrea Boari. Direito material e Direito processual. In: **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. CARACIOLA, Andrea Boari; DE ASSIS, Carlos Augusto; DE SOUZA, André Pagani; DELLORE, Luiz; FERNANDES, Eduardo Simardi. São Paulo: Atlas, 2016, p. 24.

<sup>2</sup> Luís Roberto Barroso (Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, p. 3) ensina que essa “força normativa da Constituição” é uma das vertentes do marco teórico do neoconstitucionalismo, dentre as quais também poderia se citar a “expansão da jurisdição constitucional” e o “desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. Inobstante às demais características do neoconstitucionalismo visto sobre a perspectiva de seu marco teórico, a força normativa da Constituição é uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida durante o século XX, de modo a atribuir à norma constitucional o *status* de norma jurídica, ocasionando para o estudo do Direito Constitucional moderno a inequívoca premissa do reconhecimento da sua força normativa, bem como do seu caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Assim, nas palavras do professor “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

ou mesmo inovação. Trata-se, insista-se, do óbvio, inclusive não sendo exclusividade da norma processual a exigência de que sejam construídas e interpretadas de acordo com a Constituição Federal, sendo essa uma realidade aplicável para qualquer espécie de norma legal. Mas como no direito brasileiro algumas vezes é preciso dizer o óbvio de forma expressa para que os operadores comecem a notar e a aceitar a obviedade, o art. 1º do Novo CPC é importante por consagrar de forma expressa o direito processual constitucional. Dessa forma, ao afirmar que o Novo Código de Processo Civil deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal o dispositivo ora analisado exige que as dúvidas interpretativas sejam resolvidas a favor da otimização dos valores e das normas fundamentais previstas no texto constitucional. (NEVES, 2016).

O problema da aplicação superficial da interpretação do art. 1º do CPC – quiçá uma rejeição indireta – está no fato de que mais do que destacar a necessidade de observância e consonância ao texto constitucional, concomitante ao zelo pela força normativa constitucional, está no fato de que mais que isso, num sentido hermenêutico da questão, o art. 1º do CPC destaca ponto elementar não apenas para seu dispositivo, todavia para toda a codificação, qual seja: a necessidade de se ter uma nova visão do processo civil a partir da nova visão do Direito Constitucional – o que a doutrina peca (e muito) para destacar – conclusão indireta que se tira do referido artigo.

Veja-se então que a ideia esculpida por trás do referido artigo é a de ver o Direito Processual Civil em sua contemporaneidade e com novos olhares, não meramente didático, tampouco meramente como instrumento de efetivação do texto constitucional, mas sim buscando um novo Direito Processual Civil, podendo-se dizer, dessa forma, que o art. 1º do Código de Processo Civil corrobora o início de uma nova fase na referida ciência, um processo civil democrático, tanto na teoria, quanto – e especialmente – na prática.

Nesse ensejo, essa nova fase do Direito Processual Civil zela mais do que exclusivamente o cumprimento da Constituição Federal, mas sim o cumprimento do direito em seu plano material, afinal, o que se revela em sua essência, os direitos fundamentais zelados pela Constituição Federal precisam de sua efetiva materialização, ainda que não previstos noutras codificações, sendo o processo o instrumento adequado dessa nova ordem jurídica. Destarte, o artigo protagonista deste trabalho revela um conteúdo oculto, não em um sentido negativo da palavra, mas de remeter o interprete e o aplicador do Direito a enxergar uma nova fase do processo civil, não apenas para fins de cumprimento da Constituição Federal, mas sim para buscar uma efetividade por vias processuais.

O problema de não se ter essa visão do artigo primeiro, ou seja, enaltecendo seu aspecto elementar – um novo direito processual para um novo direito constitucional – consiste no fato

de que a aplicação processual em alguns casos pode cair numa análise visando legislações pretéritas, caindo-se, assim, num complexo de curupira (MOREIRA, 1988) – o que não se poderia, afinal, o próprio código fora desenhado para estar “em fina sintonia” (MARINONI; MITIDIERO, 2010) com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o que não ocorria anteriormente, embargando na evolução dessa ciência.

A construção que aqui se destaca decorre do movimento de surgimento de um novo modelo constitucional, neoconstitucionalismo, e a constitucionalização do Direito, especialmente na perspectiva da constitucionalização do Direito infraconstitucional. É o neoconstitucionalismo que justifica a discussão aqui feita.

### 3 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PROCESSUAL

É característica peculiar do século XX a significante marca de diversos acontecimentos na seara do Direito, especialmente no que tange a garantias fundamentais e garantias humanas, o que, aliás, deve ser contestado em determinados momentos desse último século – dada sua inexistência. (MÖLLER, 2017).

Por mais que a afirmação acima seja algo retórico, decorre de uma análise histórica sob a perspectiva dos conflitos mundiais – a primeira e segunda guerra mundial – levando a humanidade à miséria, numa visão econômica e especialmente na perspectiva da existência da raça humana. O caos tomava conta do mundo. (MÖLLER, 2017).

Inobstante a participação indireta do Brasil nessas guerras mundiais – especialmente na segunda – (CASTRO, 2016) forte movimento de caráter similar aqui ocorreu. Com o final da Era Vargas, período claramente caracterizado por ser eternamente lembrado como um momento em que o solo brasileiro vivera uma experiência de regime autoritário, buscou-se instituir um Estado Democrático, todavia frutado – ou melhor, interrompido (SOARES, 2001) – em decorrência doutro forte período autoritário, a Ditadura Militar. A democracia que tanto era perseguida, e se concebeu em breves instantes, havia sido confiscada, ou melhor, interrompida pelos próximos vinte e um anos. (SOARES, 2001).

Nesse cenário de lutas por um modelo de Estado Democrático, eclode uma nova visão de Direito Constitucional – na realidade se trata de um novo modelo constitucional – fruto de mudanças de paradigmas doutrinários e jurisprudenciais, tendo a Constituição o papel central da hermenêutica jurídica. (BARROSO, 2006).

O grande paradigma dessa visão é que serve como divisor de águas, isso na medida em que a visão contemporânea de constitucionalismo contrapõe uma visão absolutista de Estado (DE MORAIS; STRECK, 2014).

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômenos por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de Direitos Fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de Neoconstitucionalismo. (BRANCO; MENDES, 2013).

A formação do constitucionalismo contemporâneo decorre de três prismas, os quais, de forma unificada, dão sentido ao novo modelo constitucional brasileiro, aspecto histórico, filosófico e teórico.

Apesar de aludido alhures, é de fato, o aspecto histórico nesse novo constitucionalismo decorre especialmente de movimentos socialistas contra os movimentos absolutistas à época. Nessa perspectiva histórica, tanto na Europa continental, quanto aqui no Brasil, dá-se esse novo rosto ao Direito Constitucional no pós-guerra e com o fim da Ditadura Militar em 1985 – para o Brasil, ganhando força anormal após a promulgação da Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2006).

Precursor desse movimento é a Carta Alemã de 1949, sobretudo pela criação do Tribunal Constitucional Federal, iniciando-se uma fecundação teórica e jurisprudencial “responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica”. (BARROSO, 2006).

Com a ruptura da Ditadura Militar, o sentimento de democratização volta à tona, iniciando um movimento de remodelação das legislações brasileiras – especialmente no que tange ao seu sentido. Por ocasião desse movimento, viu-se a necessidade de elaborar uma Constituição que atendesse os fins democráticos que se buscava, concretizando com a promulgação da Constituição Federal de 1988, documento que “foi capaz de promover, de

maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de Direito”. (BARROSO, 2006).

A formação do novo modelo constitucional teve como forte traço uma discussão na seara filosófica acerca “utilidade prática” do jusnaturalismo e do positivismo.

Por um lado, o jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, pautando em princípios de justiça universalmente válidos – considerados como se combustível das revoluções liberais fosse –, objetivando aproximação da lei a razão, o positivismo equiparou o Direito à lei e o afastou da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça. (MÖLLER, 2016).

Todavia, no final do século XIX, o jusnaturalismo, considerado metafísico e anticientífico, foi afastado para a margem histórica, o que deu ensejo a ascensão do positivismo jurídico, entretanto, entrando em decadência quando da derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha – regimes pautados na alegação de proteção da legalidade, mas que para tanto cometeram atrocidades. Nessa perspectiva, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito no pós-guerra. (BARROSO, 2006).

De fato, susta-se que se o Estado de Direito oitocentista havia a exigência de se estabelecer uma clara distinção entre direito positivo e pretensões de justiça substancial, identificando o princípio da legalidade como o critério de juridicidade, nas Sociedades contemporâneas, constantemente atravessadas por conflitos notáveis de repercussões éticas, a separação entre direito e justiça deslegitimaria os próprios instrumentos jurídicos e a ação jurídica. Para afrontar e resolver os conflitos da Sociedade constitucional-democrática contemporânea seria impensável apelar seja ao direito natural, o que soaria anacrônico, seja ao positivismo legalista. (POZZOLO *In*: DUARTE; POZZOLO, 2006).

A superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo possibilitaram na abertura de um caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, nascendo assim um pós-positivismo, a principal marca do *prima* filosófico do trinómio que marca o novo modelo constitucional. (BORGES; FERNANDES, 2010).

Esse novo modelo é marcado pela sublimação de modelos puros, por um conjunto difuso e abrangente de ideias, almejando ir além da legalidade estrita, sem, todavia, desprezando o direito posto, mas com o fim de empreender uma visão moral do direito, sem recorrer a categorias metafísicas. (BARROSO, 2006).

A classificação do marco teórico possui três vertentes que subvertem o conhecimento convencional relativo à aplicação do Direito Constitucional: 1) O reconhecimento de força normativa da Constituição (HESSE, 1991); 2) A expansão da jurisdição constitucional; 3) O desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2006).

Dentre as diversas mudanças de paradigma ocorridas durante o século XX, destaca-se a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, conforme anteriormente tratado, de modo que se buscou superar o modelo que vigorou na Europa até a metade do século XX, sendo que naquele a Constituição era vista como documento essencialmente político, na realidade, um convite à atuação dos Poderes Públicos. (BARROSO, 2006).

Ora, sabido que a Constituição é o lugar onde quase todos os princípios podem ser encontrados. Antes, quando não se reconhecia força jurídica aos princípios, mas apenas às regras, as normas constitucionais, formuladas em sua maioria como princípios, de pouco valiam. Dizia-se que essas normas, apesar de estarem consagradas na Lei Fundamental, não passavam de conselhos morais, de declaração de boas intenções. Descumprir a Constituição não gerava qualquer consequência jurídica. Com o reconhecimento da efetiva força jurídica aos princípios, a Constituição passou a ocupar um papel especial. Agora todas as suas disposições, sem exceção, passam a ser consideradas como verdadeiras normas jurídicas, ocupando uma posição privilegiada dentro do sistema. (MARMEELSTEIN, 2009).

Ao final dos anos 40 surgiu uma onda constitucional responsável pelo surgimento de novas Constituições, dotando especialmente duma experiência emanada dos Estados Unidos da América: A supremacia da Constituição. Essa fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, imunizando-os em relação ao processo político. A adoção desse sistema se deu em diversos países europeus – como por exemplo a Alemanha, precursor desse movimento –, e a associação da criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2006).

A aproximação entre constitucionalismo e democracia, força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional são as marcas do rito de passagem para do constitucionalismo clássico para o modelo atual – quiçá novo – de constitucionalismo. (MÖLLER, 2017).

Foram esses ritos de passagem – em especial a força normativa da carta constitucional – que ensejaram para o acontecimento doutro fenômeno peculiarmente distinto do neoconstitucionalismo, todavia sendo fruto desse, a constitucionalização do Direito.

A importância da constitucionalização é tamanha ao ponto de que serviria como espécie de ferramenta para a concretização dos ideais do novo modelo de constitucionalismo – isso numa das diversas visões que se pode ter sobre a questão disposta.

Muito se associa a ideia de constitucionalização do Direito ao fato da recepção de normas infraconstitucionais pela Constituição Federal (MONNERAT, 2017) (DIDIER JÚNIOR, 2015), todavia, deve ser associada a um efeito expansivo das próprias normas

constitucionais, na proporção em que seu conteúdo material e axiológico é irradiado de forma constante por todo o sistema jurídico. (BARROSO, 2006).

Na proporção em que princípios e regras específicas de uma disciplina jurídica ascende ao documento jurídico mais valioso para o sistema brasileiro, ora a Constituição Federal, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante – por exemplo, na seara do processo, a partir do momento que uma determinada norma processual ascendeu ao texto constitucional, essa norma processual passou a ser considerada como se norma constitucional fosse. (BARROSO, 2006).

A partir da Constituição Federal de 1988, a Constituição brasileira passou a desfrutar além da supremacia formal – a qual sempre teve –, desfrutar, de supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. (BARROSO, 2006). A Constituição ingressa na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos com uma força normativa sem precedentes. (BRAUN, 2017).

Antes dessa centralização da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 1916 desempenhava tal função, de modo a atuar como se Direito geral<sup>3</sup> fosse, tornando-o responsável por preceder muitas áreas de especialização, de modo que lhe era atribuído uma certa unidade dogmática. (BARROSO, 2006).<sup>4</sup>

É nesse cenário que a Constituição Federal não é apenas um mero sistema, mas serve como pilar para a observação e a interpretação de todas as subdivisões infraconstitucionais do Direito. A aplicação de uma filtragem constitucional passa a ser algo extremamente rígido. (BARROSO, 2006).

Ponto chave para o novo modelo constitucional, partindo-se das suas premissas transitórias, é o fato de que na perspectiva da constitucionalização dos demais ramos que estão abaixo da Constituição Federal, aplicou-se mais do que a força normativa constitucional, “mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”. (BARROSO, 2006).

A Constituição Federal, na contemporaneidade jurídica, é o centro do sistema jurídico e dela irradia forma normativa, sempre dotada de supremacia formal e material, funcionando

<sup>3</sup> Um exemplo dessa afirmação pode ser claramente observado pelo fato de que a própria teoria geral do Direito era estudada dentro do Direito Civil, sendo que a sua autonomia didática foi obtida apenas recentemente.

<sup>4</sup> Ainda, acerca do Código Beviláqua, cabe registrar que o próprio já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado, isso porque, ao longo do tempo, na medida em que o Código de 1916 envelhecia, inúmeras outras leis extravagantes e específicas foram editadas, de modo que se formaram microsistemas detentores de autonomia em relação à Codificação, como exemplo, temas relacionados a alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedade empresariais, dentre outros. No final, essa “descodificação” levou a promulgação de um novo Código Civil em 2002.

como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional e como se vetor de interpretação de todas as normas do sistema fosse, o que se pode dizer por novo modelo constitucional. (BARROSO, 2006).

Assim, a Constituição Federal de 1988 muito simboliza ao sistema jurídico brasileiro, pois possui a virtude suprema de demonstrar que houve a travessia para um momento de democracia brasileira (MÖLLER, 2016), desencadeando uma outra forma de ver e aplicar o processo, principalmente essa última, pois esse deveria acompanhar o que o documento constitucional prevê, e não ir contrário, justificando aí o objetivo deste trabalho, qual seja de demonstrar que se deve ter um novo modelo processual para estar em conformidade com esse novo modelo constitucional, o que é, para alguns, a característica didática do art. 1º do Código de Processo Civil. (BUENO, 2015).

#### **4 O ASPECTO ELEMENTAR DO ARTIGO PRIMEIRO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015): UMA NOVA VISÃO DE PROCESSO E UM NOVO MODELO PROCESSUAL**

Na proporção em que o Direito Constitucional evolui, ou seja, o centro da hermenêutica jurídica brasileira, os ramos marginais – aqueles que não possuem norma constitucional – devem acompanhar essa evolução, haja vista que não se pode aplicar sentido numa lei que não seja pautado na Constituição Federal em vigência. A lei infraconstitucional deve ser o mais adequado à realidade constitucional do Estado.

O neoconstitucionalismo não demonstra exclusivamente ser um novo Direito Constitucional, é, pois, marco inicial para o início de uma nova fase em todos os ramos infraconstitucionais do Direito.

Nessa perspectiva, o que o artigo 1º do Código de Processo Civil busca transmitir e deveria ser interpretado e ensinado de forma unânime ao fato de que o Direito Processual Civil brasileiro necessita de uma nova fase para estar nos conformes do modelo proposto pelo constitucionalismo contemporâneo. É, assim, o aspecto elementar do artigo 1º do CPC, mesmo que concludente indireta, o fato de que o processo civil está numa fase nova, permanecendo com muitos pontos positivos do instrumentalismo processual, porém, aplicado numa perspectiva de cumprimento desse novo modelo constitucional.

O Código de Processo Civil de 2015 é pensado e desenvolvido para ser ferramenta de concretização da nova tendência hermenêutica constitucional/processual, objetivando um

processo com um caráter cooperativo e de prestar da melhor forma a tutela jurisdicional com as observações às disposições constitucionais fundamentais do processo. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Acerca dessa nova fase, é certo que o Direito Processual Civil contemporâneo não possui os mesmos ideais e objetivos daquele processo arcaico que se tinha a alguns séculos, não possui e nem poderia possuir, sob pena de flagrante retrocesso jurídico que teríamos. (MÖLLER, 2016).

Ocorre que, o fato da compreensão e aplicação do direito processual não poder prescindir da nova metodologia, não significa dizer que as velhas construções da ciência jurídica devam ser desprezadas, isso pelo fato de que elas são imprescindíveis para a correta compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo. (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Esse novo modelo processual possui marcas próprias de um pensamento jurídico contemporâneo, como: 1) A transformação da hermenêutica jurídica, reconhecendo o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, de forma a ser função essencial ao desenvolvimento do Direito, tanto pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, quanto pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. 2) Desenvolvimento da teoria dos princípios, reconhecendo-lhes eficácia normativa. 3) A expansão dos direitos fundamentais, que impõem ao direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos. 4) Reconhecimento da força normativa da Constituição, veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa. (DIDIER JÚNIOR, 2015).

A efetividade que se espera da tutela jurisdicional apenas será alcançada no processo quando o direito material buscado na relação processual for zelado. A valorização da denominada Teoria Circular dos Planos é clara para esse momento do Direito Processual Civil. (MÖLLER, 2017).

Mesmo que autônomos e em planos distintos, o caráter instrumental do direito processual, compreendido pela jurisdição, ação, defesa e processo, visa garantir o direito material, mesmo que de forma impositiva e coercitiva, nitidamente há a interdependência entre ambos. (DELLORE *et al*, 2016).

Não há, portanto, uma hierarquia entre esses ramos, todavia uma relação circular, vez que o direito material projeta, faz planos, idealiza, enquanto o processual põe em prática. Esses dois ramos se completam, e não concorrem entre si. (DELLORE *et al*, 2016).

Nesse sentido, corrobora-se a afirmação de “*tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto deve essere servitto dal diritto*”, o que significa dizer, na sua tradução livre, que entre o direito material e o processo existe uma relação circular, sendo que o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele. (CARNELUTTI, 1960).

“O direito material se realiza por meio do processo. No entanto, o direito material também serve o processo, delimitando o conceito, o projeto e o sentido”. (DELLORE *et al*, 2016). O pensamento do processualista contemporâneo no novo modelo processual não pode ignorar isso. (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Desta forma, equivocados estão aqueles que enxergam no art. 1º do CPC a mera transcrição da força normativa da Constituição e na ideia de constitucionalização do processo civil, afinal, alhures fora dito, o referido disposto busca ir além. O processo civil, a partir do movimento de novo constitucionalismo, se adequa à norma constitucional e dela não pode fugir quando da sua aplicação, sendo esse o ponto elementar não apenas do art. 1º do CPC, todavia de todo o Código de Processo Civil de 2015.

Essa nova fase do processo civil brasileiro consiste na ênfase do estudo do processo a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que a Constituição projeta, portanto, esse modelo nada mais é do que o resultado da interpretação das leis processuais a partir da necessidade de que o direito fundamental a um processo justo, o que é o conjunto da tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, seja respeitado conforme os princípios e garantias constitucionais processuais. (DONIZETTI, 2016).

Assim, não apenas o doutrinador, mas principalmente o julgador deve interpretar as normas processuais sempre com os olhos na Constituição Federal, entretanto não podendo considerar que a nova fase para a ciência processual civil é a mera análise do texto constitucional, muito pelo contrário, é o zelo de todos os militantes da ciência jurídica em zelar por uma efetividade real do processo.

Conclui-se que um dos aspectos objetivos que prega o artigo protagonista deste trabalho é sim a constitucionalização do Direito Processual Civil, representando tanto a incorporação aos textos constitucionais de norma processual, inclusive como direito fundamental, bem como ao exame das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais (DIDIER JÚNIOR, 2015), com o objetivo principal encontrar “mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera” (BEDAQUE, 2005), ou seja, esse modelo constitucional do

processo “traz como principal característica o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (...) Direito, garantido constitucionalmente pelo art. 5º, XXXV” (DONIZETTI, 2016) da Constituição Federal de 1988.

O resultado que se espera do processo está no campo das relações jurídicas substanciais, de modo que na produção dos resultados é que se pode definir a sua real efetividade. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Para o processo contemporâneo, os ideais esperados são a instrumentalidade e a efetividade, de modo que para que o processo seja efetivo, deverá assumir a função de instrumento. Nessa linha, o uso das técnicas processuais, na visão moderna de processo, deve-se adequar para que a instrumentalidade atinja o fim esperado, qual seja “a solução das crises verificadas no plano do direito material”. (BEDAQUE, 2005).

Quanto mais adequado proporcionar-se a tutela jurisdicional aos direitos subjetivos substanciais, o desempenho dessa prestação pela técnica processual será mais efetivo. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Nessa linha de pensamento, ponto repudiado pelo novo modelo processual, o formalismo processual, utilizado como desculpa para o descumprimento da função pacificadora do processo e para embaraçar ou protelar de forma injustificada, passa a ser afrontado pelo processo justo, o qual almeja, com a celeridade e a segurança jurídica, “proporcionar às partes o resultado desejado pelo direito material”, não devendo – ou pelo menos não deveria – causar demais transtornos aos jurisdicionados. (BEDAQUE, 2005).

Como está claro, não há como pretender ver o processo apenas como uma relação jurídica processual. A relação jurídica processual, nos moldes pensados pela doutrina clássica, nada diz sobre o conteúdo do processo. Tal relação jurídica processual pode servir a qualquer Estado e a qualquer fim. Daí a sua evidente inadequação quando se pretende explicar o processo diante do Estado Constitucional e dos direitos fundamentais. Por outro lado, ainda que o processo seja formado a partir de uma situação jurídica carente de tutela, não é possível limitar o significado do processo a uma ou a várias situações jurídicas, pouco importando se dessas decorrem ou não o interesse e a possibilidade da prática de atos do processo. O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento pelo qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição; É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disso, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais. É evidente que o procedimento, quando compreendido nessa dimensão, é atrelado a valores que

lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades. Isso pela razão óbvia de que o procedimento, à luz da teoria processual que aqui interessa, não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos fundamentais e aos valores do Estado Constitucional. Nesse momento não há razão para tentar penetrar na essência de outro processo que não aquele que importa à jurisdição do Estado Contemporâneo. (MARINONI *et al*, 2017).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta breve digressão, conclui-se que o aspecto elementar do art. 1º do Código de Processo Civil, bem como seu resultado indireto, consiste no fato de que se precisa ter pelo Direito Processual Civil uma nova visão para enquadrar aos fins esperados pelo novo modelo constitucional, neoconstitucionalismo.

A disputa das visões social e democrática da Constituição Federal de 1988 contra o forte caráter individualista do Direito Processual Civil ensejou na necessidade da reformulação da cultura desse ramo e, por conseguinte, na elaboração de um novo Código de Processo Civil, isso antes mesmo da vigência do Novo Código de Processo Civil. O artigo 1º do Código de Processo Civil reforça essa visão: para toda visão processual, antes de mais nada é necessária uma visão constitucional, afinal, a norma subordinada deve estar adequada ao texto da norma subordinante.

A premissa para um processo civil contemporâneo e missão de um novo código consiste em buscar a possibilidade de aproximar o direito material e o direito processual, deixando a preocupação com conceitos e formas à limiar e zelando por encontrar mecanismos que confirmem à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera.

O Novo Código de Processo Civil foi desenhado e construído para atender a missão de um processo cooperativo e justo, zelando pelo acesso à justiça em elevado grau e devendo assumir a forma de ferramenta legislativa potencializadora dessa nova tendência processual.

O processo não mais pertence exclusivamente ao juiz, afinal, é cooperativo a fim de que todos os sujeitos do processo atuem de forma ativa para zelar por um processo justo.

Todavia, antes da reforma legislativa de uma codificação processual é necessário o rompimento de ideologias arcaicas sobre a matéria e plantar uma ideia de supervalorizar a prestação de uma tutela jurisdicional justa. Não é a elaboração de um novo código que fará com que as novas linhas metodológicas do processo civil sejam aplicadas, para isso é necessário a mudança de pensamento por parte dos juristas.

O aspecto elementar do art. 1º do Código de Processo Civil serve como fim didático (BUENO, 2015) justamente para demonstrar que se deve o processo deriva e deve estar em conformidade com a Constituição Federal. Esse olhar hermenêutico é possível de ser aplicado como se aspecto elementar da nova codificação processual fosse.

## 6 REFERÊNCIAS UTILIZADAS

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O novo Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Processo Civil**. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos S. **Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização**. Tese para concurso de Professor Titular, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2005.

BORGES, Alexandre Walmott; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio-ago de 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/ser/index.php/nej/article/view/2599/1801>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. 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: 16 jul. 2017.

BRAUN, Diogo Marcel Reuter. **Contribuições do Dever Fundamental de Pagar Tributos para o Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedade**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.

CARACIOLA, Andrea Boari; DE ASSIS, Carlos Augusto; DE SOUZA, André Pagani; DELLORE, Luiz; FERNANDES, Eduardo Simardi. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, ano 35, n. 4, 1960.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DE MORAIS, Jose Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito processual civil**. 17ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito processual civil**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: Críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÖLLER, Guilherme Christen. A constitucionalização do direito processual civil contemporâneo brasileiro. 2016. 147 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - **Centro de Ciências Jurídicas**, Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2016. Disponível em: <[http://www.bc.furb.br/docs/MO/2016/362006\\_1\\_1.pdf](http://www.bc.furb.br/docs/MO/2016/362006_1_1.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Anotações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro**. 1ª. ed. Curitiba: Prismas, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, n. 304, 1988.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferra. **Questões controvertidas de Processo Civil e de direito material**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. **A democracia interrompida**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do Direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## O CARÁTER SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

*Nelson Tonon Neto\**  
*Pedro Henrique May\*\**

**Palavras-chave:** direito ambiental; responsabilidade administrativa; responsabilidade subjetiva; responsabilidade objetiva; atuação ambiental.

**Resumo:** O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os cidadãos. Como se sabe, em matéria ambiental, o sujeito que avilta o art. 225 da CRFB/88, causando dano ambiental, pode ser responsabilizado em três esferas: civil, administrativa e penal. O presente artigo principia analisando a tríplice responsabilização ambiental, evidenciando os elementos ensejadores de cada uma e as intrínsecas diferenciações entre os três institutos. A responsabilidade civil ambiental, por força do art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981) já há muito tempo tem consagrado seu caráter objetivo. A responsabilidade penal ambiental, até mesmo por conta da vedação da responsabilidade objetiva na seara criminal, é cabalmente subjetiva. Quanto à responsabilidade administrativa, muito já se discutiu a respeito de sua objetividade ou subjetividade, seja na doutrina, na jurisprudência, ou nos processos administrativos no âmbito dos órgãos ambientais atuadores. Por conta dessa histórica controvérsia, o objetivo deste artigo é esmiuçar a responsabilidade administrativa ambiental, analisando quais são seus fundamentos, e, principalmente, a (des)necessidade de caracterização do elemento subjetivo para que haja a imputação de uma infração administrativa. Isto é, o objetivo central deste artigo é, por meio do estudo da legislação, doutrina e jurisprudência, contribuir para a solução da controvérsia a respeito do caráter subjetivo ou objetivo da responsabilização administrativa em matéria ambiental. A conclusão explicitada é no sentido da subjetividade da responsabilidade administrativa ambiental, pois, sendo o Direito

\* Graduando da 10ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: nelson.tonon.neto@gmail.com. Telefone: 48 99901-0420.

\*\* Graduando da 8ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: pedrohenriquemay@hotmail.com. Telefone: 47 99979-1719.

administrativo Sancionador um ramo do Direito Punitivo, é também a ele aplicável o princípio da culpabilidade, decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Keywords:** environmental law; administrative liability; subjective liability; objective liability; environmental assessment.

**Abstract:** The Article 225 of the 1988's Brazilian Federative Republic Constitution guarantees the right to an ecologically balanced environment for all Brazilians citizens. It is known that, in environmental matters, the subject that unfollows the 1988 BFRC's article 225, making environmental damage, can be held by three legal areas: civil, administrative and criminal. Therefore, the present article aims to analyze the triple environmental responsibility evidencing the causes of each type of responsibility and the differences between the three institutes. As a result of The Environmental National Policy's article 14, §1º (Law No. 6.938 / 1981), the environmental civil liability has been known by its objective characteristics. However, the environmental criminal liability, even as a result of the prohibition of strict liability in criminal matters, is entirely subjective. In terms of administrative liability, much has already been discussed about its objectivity or subjectivity either through the doctrine, jurisprudence, and administrative procedures of environmental agencies. Due to this controversy, the objective of this article is to analyze the environmental administrative liability by what are its fundamentals and how to understand the characterization of the subjective element that is necessary to exist an administrative infraction. In other words, the central objective of this article is to contribute to the controversy solution of the subjective or objective character of the administrative liability of environmental matters by analyses of legislation, doctrine, and jurisprudence. The conclusion focuses on the subjectivity of the environmental administrative liability because of, since The Sanctioning Administrative Law is a branch of Punitive Law, the principle of guilt deriving from the 1988 Brazilian Federative Republic Constitution 1988 is also applicable to it.

### 1 Introdução

O objetivo deste artigo é, essencialmente, contribuir para a discussão a respeito do caráter subjetivo ou objetivo da responsabilidade administrativa ambiental. Isto é, este estudo centra-se na (des)necessidade de caracterização do elemento subjetivo (*culpa lato sensu*) para a imputação de uma infração administrativa ambiental.

Com efeito, inicialmente, é abordada a responsabilização de forma ampla. Assim, são tecidos comentários sobre a chamada tríplice responsabilização em matéria ambiental, que abarca as esferas civil, penal e administrativa.

Após discorrer brevemente sobre a responsabilização civil e a penal, o estudo principia a análise do seu ponto central. Assim, através do estudo doutrinário, legal e jurisprudencial, apresenta-se a conclusão de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva.

De todo modo, antes de se chegar à conclusão, analisa-se o tema sob diversos aspectos. É dado enfoque ao Direito Punitivo e à forma com que é tratado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entendendo-se o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador como suas ramificações.

Nesse sentido, é abordado o princípio da culpabilidade, que, sendo aplicável às infrações administrativas ambientais, traz a necessidade de perquirição do elemento subjetivo.

Além disso, é averiguada a forma com que a Lei n. 9.605/1998 e Decreto n. 6.514/2008 tratam do assunto. O mesmo é realizado com relação à jurisprudência, em especial no que tange aos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos últimos anos, que parecem sedimentar o entendimento do caráter subjetivo da responsabilidade administrativa ambiental.

Enfim, este artigo é mais uma contribuição para a histórica e tão relevante discussão sobre o caráter subjetivo - ou objetivo - da responsabilização administrativa ambiental.

## 2 A tríplice responsabilização em matéria ambiental

No Brasil, a questão ambiental passou por expressivas alterações após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pois, dada a necessidade de se garantir um meio ambiente equilibrado, assim como de se esclarecer as competências para se punir um crime ambiental, foi adotada, no § 3º de seu art. 225<sup>1</sup>, a tríplice penalização do agressor ao meio ambiente, possibilitando as responsabilizações civil, penal e administrativa.

Em um nível infraconstitucional, a Lei n. 9.605/1998, cumprindo o comando

<sup>1</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

constitucional, de maneira expressa garante a tríplice responsabilização e, ainda, acrescenta que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas<sup>2</sup>.

Na Doutrina, Paulo de Bessa Antunes (2015), citando José Cretella Jr., afirma que a responsabilidade indica o cognato *respuesta*, ambos alicerçados na raiz *spond* do verbo latino *respondere*, que significa responder. Assim, a responsabilidade é essencial para que, no direito, seja possível julgar a eficácia ou ineficácia de um sistema jurídico, bem como as finalidades deste.

Todavia, no Brasil, apesar de sua paulatina evolução, ainda existem muitas brechas relacionadas ao tema. E, dentre esses vazios jurídicos, dúvidas como a objetividade ou subjetividade da responsabilidade administrativa ambiental emergem e criam incertezas jurídicas preocupantes para quem depende da clareza de aplicação das leis ambientais.

Acerca disso, Paulo de Bessa Antunes (2015, p. 491) traz o seguinte ensinamento:

Embora muito se tenha escrito sobre responsabilidade ambiental, o fato é que ainda estamos longe de compreendê-la em todas suas dimensões. O meio ambiente é tema cujas fronteiras não estão bem delineadas e, conseqüentemente, os seus limites jurídicos também não.

Nesse viés, apesar da tríplice responsabilização em matéria ambiental estar contemplada de forma irrefutável na Carta Magna e legislação infraconstitucional, as particularidades de cada segmento merecem detalhado estudo para que sejam esclarecidas suas controvérsias e, assim, vislumbrar-se entendimento uníssono sobre a questão.

### 2.1 Responsabilidade civil

No que tange à responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, destaca-se em nosso ordenamento jurídico a Lei n. 6.938/1981, que no § 1º do seu artigo 14<sup>3</sup>, determina que o poluidor seja obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os

<sup>2</sup> Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

<sup>3</sup> Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Na precisão das palavras de José Rubens Morato Leite (2015, p. 569) tem-se:

*A responsabilidade civil, na acepção ampla, consiste na obrigação de reparar danos causados à pessoa, ao patrimônio, ou a interesses coletivos ou transindividuais, sejam eles difusos, sejam eles coletivos stricto sensu. A responsabilidade civil ampla decorre da obrigação geral de não causar danos a outrem (neminem laedere).*

Destarte, o caráter objetivo da responsabilidade civil transparece quando é dito que o poluidor deve reverter os danos causados independentemente de culpa ou dolo. Ou seja, havendo um nexo de causalidade entre dano e o indivíduo, este, pela teoria do risco, é obrigado a reparar os prejuízos causados pelas sua ação direta ou indireta.

Para elucidar de forma ainda mais precisa, Carlos Roberto Gonçalves (2015) descreve a objetividade da responsabilidade civil ambiental de forma primorosa:

*A responsabilidade civil independe, pois, da existência de culpa e se funda na ideia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. Basta, portanto, a prova da ação ou da omissão do réu, do dano e da relação de causalidade.*

Diferentemente da natureza preventiva e repressiva das responsabilidades penais e administrativas, a responsabilidade ambiental civil, em situações identificáveis como de prejuízo ambiental abstrato, sendo imprevisíveis ou incertas as suas consequências, age para garantir que o dano causado ao meio ambiente seja restaurado. Ou seja, quando se está diante de um dano ambiental é a responsabilização civil ambiental que garantirá que o causador do dano restabeleça o *status quo ante* do direito ambiental afetado.

## 2.2 Responsabilidade penal

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, fato este que, provocado o dano ambiental, possibilita que sejam impostas sanções penais contra os agentes causadores. Pois, em determinados casos, não basta que o agressor ambiental cumpra apenas com a restauração do meio ambiente. Sendo a conduta também prevista como infração penal ou administrativa cabem, também, as responsabilizações penal e administrativa.

Assim, a Constituição Federal, em seu art. 225 § 3.º, estabeleceu que “*as condutas e*

*atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causado”.*

Nesse sentido, somado à Lei n. 9.605/1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, observa-se que, aliado ou não à responsabilidade civil, um causador de dano ambiental pode responder pelos prejuízos causados também em caráter penal e administrativo.

Todavia, pelo fato de a responsabilidade penal gerar consequências muito mais severas aos direitos do indivíduo, deve-se aplicar o princípio da intervenção mínima do direito penal, como muito bem leciona Édis Milaré (2013):

*A razão de ser do princípio da intervenção mínima do Direito Penal reside no reconhecimento da liberdade como direito fundamental do homem e valor supremo para a vida em sociedade, essencial no Estado Democrático de Direito, conforme expusemos antes. Assim, qualquer ação estatal que envolva restrição a esse direito público subjetivo encontra seus limites na exata medida do necessário e suficiente para atender ao fim público a ser tutelado em cada situação.*

Tanto a responsabilidade penal ambiental quanto a responsabilidade administrativa ambiental, por meio de suas sanções, tem o intuito de prevenir que o indivíduo cometa a agressão ao meio ambiente devido às consequências que poderão ser geradas em relação à própria liberdade.

Nas palavras de José Rubens Morato Leite (2015, p. 666):

*Dessa forma, a responsabilidade penal tem caráter eminentemente punitivo, visando à prevenção especial (para que não haja reincidência por parte do causador do dano) e geral (para que a punição sirva de exemplo para toda a sociedade).*

Vislumbrado isso, observa-se que, diferentemente da aplicação civil que é objetiva e requer apenas a existência de causalidade entre agente e dano, a responsabilidade penal ambiental é subjetiva, carecendo da comprovação de dolo ou culpa (caso o crime exista nesta modalidade) para a sua caracterização, dada a maior gravidade da penalização, bem como do princípio da intervenção mínima do Estado.

Logo, diante do exposto, constata-se que a responsabilidade penal apresenta peculiaridades distintas da responsabilidade civil, pois, apesar de ambas terem o objetivo de fazer valer o texto constitucional e proteger o meio ambiente, as sanções punitivas penais, por serem mais gravosas, enfocam na tentativa de prevenir o ato degradante ou - sendo necessária

a utilização desse meio -, servir de exemplo para que nem o interventor nem outros possíveis agressores tomem atitudes culposas ou dolosas referentes à degradação ambiental.

### 2.3 Responsabilidade administrativa

Completando o tripé da responsabilização ambiental, chega-se à responsabilidade administrativa ambiental. Contemplada, assim como a responsabilidade penal, pela Lei n. 9.605/1998, e seu regulamento, aprovado pelo Decreto n. 6.514/2008, esta trata das sanções administrativas decorrentes da agressão ao meio ambiente, como advertências e multas.

E dentre as características da responsabilidade administrativa, assim como na questão penal, há uma busca pela tentativa de coibir possíveis danos ambientais. Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 384) ensina que:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

Assim, para que não ocorra a ilicitude de algum agente atuar de forma contrária ao que foi estabelecido pelo ordenamento jurídico, o poder de polícia representa um papel importantíssimo e que às vezes acaba sendo secundarizado, quando se enfoca muito em punir e pouco em prevenir o dano.

Em caso de ocorrência de algum tipo de dano ambiental pode ser realizada por qualquer pessoa, legalmente identificada, a representação aos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA).

No tocante às sanções aplicáveis aos delitos ambientais o art. 72 da Lei n. 9.605/1998 traz o seguinte rol: a) Advertência; b) multa simples; c) multa diária; d) apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; e) destruição ou inutilização do produto f) suspensão de venda e fabricação do produto; g) embargo de obra ou atividade; h) demolição de obra; i) suspensão parcial ou total de atividades; j) restritiva de direitos.

Em casos de autuação por parte dos órgãos ambientais, esta terá presunção de

legitimidade. Nas palavras de José Rubens Morato Leite (2015, p. 654):

Os autos de infração lavrados pela autoridade ambiental competente gozam de presunção de legitimidade e veracidade, o que implica dizer que cumpre ao autuado desconstituir essa presunção. Vale dizer que, em termos de responsabilidade administrativa, vigora a necessária inversão do ônus da prova. Deve o infrator comprovar que a infração não ocorreu da forma descrita no auto de infração, do contrário, a autuação será mantida e o auto, homologado. A mera negativa de autoria ou materialidade não se mostra apta a desconstituir uma autuação ambiental.

Afora isso, a grande questão que paira nas incertezas da responsabilidade administrativa em matéria ambiental é a dúvida em relação ao seu caráter objetivo ou subjetivo que, a seguir, será tratado de forma aprofundada.

### 3 O caráter subjetivo da responsabilidade administrativa em matéria ambiental

Após a explanação dos fundamentos e diferenças dos três tipos de responsabilização em matéria ambiental, inicia-se a análise do tema central deste artigo: o caráter subjetivo (ou objetivo) da responsabilidade administrativa na seara ambiental.

De início, antes de se ingressar propriamente na discussão central deste trabalho, é pertinente explicitar no que difere o caráter subjetivo e o objetivo da responsabilidade em termos gerais.

Em suma, quando a culpa (*lato sensu*) constitui fundamento para a configuração da responsabilização do agente causador do dano, tem-se a responsabilidade subjetiva. Neste caso, não havendo culpa não há que se falar em responsabilização.

O ilustre Professor Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 49) didaticamente muito bem discorre sobre a responsabilidade subjetiva:

Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Já a chamada responsabilização objetiva independe de culpa. Neste caso, nada importa se o agente causador do dano agiu com culpa ou não. O que é verdadeiramente relevante nesta modalidade de responsabilização é o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano. Sendo assim, o agente só pode eximir-se do dever de indenização decorrente do dano se lograr êxito em demonstrar que a ele não deu causa.

Mais uma vez, faz-se pertinente trazer à tona ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 48), que desta vez bebe nas fontes do catedrático Agostinho Alvim:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexos de causalidade, independentemente de culpa.

Destaca-se que, quando o assunto é responsabilidade civil, é completamente lógico que em algumas situações a imputação se dê de forma subjetiva e, em outras, de maneira objetiva. Inclusive, a Codificação Civil pátria (Lei n. 10.406/2002), em que pese tenha adotado como regra geral a responsabilização subjetiva, também elenca casos de aplicação da responsabilidade objetiva, como no art. 936<sup>4</sup> (responsabilidade de dono de animal) e art. 937<sup>5</sup> (responsabilidade de dono de prédio).

Conforme já se demonstrou no capítulo 2.1. deste artigo, a própria responsabilidade civil em caso de dano ambiental é, por disposição legal, objetiva.

Entretanto, é bastante problemático quando os órgãos ambientais atuadores e/ou o poder judiciário, ao tratarem da responsabilidade administrativa, fazem como se ela civil fosse, ignorando por completo a (in)existência de culpa do atuado. Além de ilógico, esse entendimento não está em consonância com a legislação que trata do Direito Administrativo Sancionador no Brasil.

Inegavelmente, vive-se em um Estado Democrático de Direito, em que a arbitrariedade das condutas do Estado frente aos indivíduos é abominada. Essa questão tem contornos de extrema relevância quando se trata de Direito Punitivo.

Muitas vezes, quem aborda o Direito Punitivo dá enfoque quase que exclusivo à sua faceta criminal, relegando o importante Direito Administrativo Sancionador, que, sem dúvidas, também faz parte do conjunto de normas estatais que prevê evitar e/ou reprimir condutas dos particulares.

Quanto à "proximidade" entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos, é

<sup>4</sup> Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

<sup>5</sup> Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

pertinente trazer à tona ponderação do ilustre Desembargador aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Vladimir Passos de Freitas (2014, p. 108):

Nem sempre é fácil distinguir um ilícito penal de um administrativo. Na maior parte das vezes, as leis que tratam do meio ambiente são redigidas de forma pouco clara e objetiva. O primeiro critério será o de verificar se o tipo refere-se a crime ou contravenção. O segundo, será observar qual a pena imposta. Se houver referência a prisão estar-se-á diante da figura criminosa. Caso haja menção a multa, suspensão de atividade e outras análogas, a infração será, provavelmente, administrativa. Dissemos provavelmente, porque não é esta regra absoluta. Há contravenções penais que são punidas exclusivamente com pena de multa, como recusa de moeda de curso legal.

Nesse sentido, em que pese existam diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, é certo que diversos princípios e garantias são aplicáveis às duas searas.

Com efeito, destaca-se o princípio da culpabilidade, que representa um importante baluarte que objetiva impossibilitar a arbitrariedade das condutas estatais em matéria de Direito Punitivo. O Professor Fábio Medina Osório (2015, p. 365) muito bem leciona sobre este relevante princípio:

Imperioso incursionar na análise de outro princípio constitucional materialmente vinculante ao intérprete, com poderosas consequências teóricas e pragmáticas, operativo no Direito Administrativo Sancionador. Princípio básico, em matéria de responsabilidade do agente perante o Direito Administrativo Sancionatório, é a **culpabilidade** (...). (grifou-se)

Portanto, em consonância com a linha argumentativa acima explicitada, entende-se que a culpabilidade é, de fato, pressuposto da responsabilização administrativa em matéria ambiental.

Apesar de o referido princípio não estar explícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ele decorre da sistemática constitucional que rege o Direito Punitivo.

O Professor Fábio Medina Osório, a respeito da culpabilidade no âmbito penal, aduz que (2015, p. 368):

A culpabilidade penal decorre da ideia de presunção de inocência, em boa medida, mas fundamentalmente a culpabilidade está conectada com a possibilidade de uma razoável defesa das posições jurídicas do imputado, diante de acusações submetidas a uma série de limites constitucionais de legalidade, tipicidade, segurança jurídica, proporcionalidade, entre outras.

Logo após, na mesma obra, Fábio Medina Osório (2015, p. 369) elucida que o princípio da culpabilidade não se restringe ao Direito Penal, sendo também aplicável - e muito

importante - ao Direito Administrativo Sancionador. Veja-se:

A indagação evidente, no cenário constitucional que condiciona o Direito Punitivo, a esta altura já amadurecida, é a seguinte: ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, diante da fundamentação preliminar que ostenta? Parece-nos evidente que não. E isso porque tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional. Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo.

Diante disso, entende-se que, por conta do princípio da culpabilidade, que também é aplicável em relação aos ilícitos ambientais administrativos, a responsabilização, nesses casos, é subjetiva.

De todo modo, é importante expor também o que dispõem os diplomas legais - em âmbito federal - a respeito do tema. Apesar de não enfrentarem a questão de forma inequívoca, assim como faz a Lei n. 6.938/1981 quanto à responsabilidade civil, entende-se que contribuem para a definição da subjetividade da responsabilização administrativa em matéria ambiental.

A Lei n. 9.605/1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, assim preceitua em seu art. 72, § 3º:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

[...]

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, **por negligência ou dolo**:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha. (grifou-se)

Exatamente no mesmo sentido, o Decreto n. 6.514/2008, em seu art. 3º, § 2º, estabelece que “a caracterização de negligência ou dolo será exigível nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 72 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998”.

Portanto, ao tratar da sanção de “multa simples”, a legislação pátria expressamente prevê a exigência de configuração de negligência ou dolo, o que evidencia, ao menos em caso desta sanção específica, o caráter subjetivo da responsabilidade administrativa.

Em virtude das disposições legais explicitadas acima, há autores que defendem que a responsabilização administrativa ambiental só seria de caráter subjetivo nos específicos casos dos incisos I e II do art. 72, § 3º, da Lei n. 9.605/1998. Perfila esta corrente doutrinária o Professor José Rubens Morato Leite (2015, p. 644-645):

Marchesan (2010) afirma que, a título de exceção, a lei poderia prever infrações que exigissem o elemento subjetivo. Esse entendimento encontra eco no Decreto n. 6.514/2008, cujo § 2º do art. 3º estabelece: “A caracterização de negligência ou dolo será exigível nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 72 da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998”. *Portanto, a contrario sensu, nas demais hipóteses resta dispensada a comprovação do elemento subjetivo para a caracterização da infração.*

O entendimento parece correto e adequado ao espírito da lei. A razão de ser é bastante lógica e salta aos olhos: em se tratando de infração ambiental, seria praticamente impossível a caracterização do elemento subjetivo, pois o móvel interno do autor do fato é inerente à conduta.

O infrator não destrói uma APP, por exemplo, porque tenciona preordenadamente destruir aquela área; nem o faz por descuido ou por negligência: destrói para promover ali uma desejada intervenção. O que importa, assim, é o nexo causal entre a conduta e o resultado danoso ao meio ambiente.

Resta evidente que o infrator ambiental não deseja dizimar a natureza. O objetivo é satisfazer seus interesses pessoais ou obter lucro, independentemente do preço ambiental a pagar. O meio ambiente não é um fator a ser considerado na equação. Parece plausível supor que a responsabilidade administrativa ambiental deixaria de existir se o elemento subjetivo passasse a ser perquirido, em vista das enormes dificuldades de apurar o móvel interno do infrator ou caracterizar a culpa.

Conforme já explanado, discorda-se completamente do entendimento acima explicitado. O princípio da culpabilidade, baluarte do Direito Punitivo, faz com que a regra, em termos de Direito Administrativo Sancionador, seja a responsabilização subjetiva. Por isso, entende-se que os incisos I e II do art. 72, § 3º, da Lei n. 9.605/1998 são meramente exemplificativos e não devem ser interpretados *a contrario sensu*.

Além disso, vislumbram-se outras inconsistências nos argumentos do Professor José Rubens Morato Leite. Para ele, e diversos outros renomados autores, “seria praticamente impossível a caracterização do elemento subjetivo” da infração ambiental. Considera-se inadequada essa posição e abaixo se demonstra o porquê.

Como se sabe, o Decreto n. 6.514/2008, que elenca as infrações administrativas ambientais, basicamente reproduz os crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/1998. Há, inclusive, tipos administrativos e penais que são idênticos. Então, como a culpabilidade poderia ser perquirida apenas na esfera criminal, se, em muitos casos, se está diante da mesma típica conduta em âmbito administrativo? Entende-se ser desarrazoado tal posicionamento. A caracterização do elemento subjetivo de uma infração administrativa não é mais difícil do que a caracterização quando se está diante de infração penal.

Ainda, o Professor José Rubens Morato Leite, para sustentar sua tese, traz como exemplo uma infração administrativa decorrente da destruição não autorizada de Área de

Preservação Permanente (APP). Segundo ele, o dolo, no caso desta hipotética infração, seria o de satisfazer interesses pessoais ou obter lucro, e não de propriamente destruir a área especialmente protegida. Quanto à culpa, afirma que quem destrói APP não “o faz por descuido ou por negligência”. Por isso seria tão difícil a perquirição do elemento subjetivo.

Entretanto, entende-se que, mesmo se o agente causador do dano tiver, como íntima intenção, a obtenção de lucro, isso não afasta seu dolo de destruir APP. Não se enxerga esta necessidade da “especificidade do dolo” aventada. Analogamente, em Direito Penal, um sujeito pode matar alguém (art. 121 do Código Penal) motivado não essencialmente em dar fim à vida da vítima, mas em motivos decorrentes do homicídio, como satisfazer uma vingança, receber herança, dentre outras tantas situações.

No Direito Penal, em caso de homicídio, os motivos do crime podem ser levados em conta, por exemplo, como caso de diminuição de pena (relevante valor social ou moral), ou como qualificadora (futilidade). No Direito Administrativo Sancionador, inclusive, o Decreto n. 6.514/2008, em seu art. 4º, inciso I<sup>6</sup>, dispõe que os motivos da infração devem ser levados em consideração pelo “agente autuante, ao lavrar o auto de infração”. Por isso, considera-se inadequado presumir que as infrações ambientais sempre são cometidas com o dolo específico de satisfazer interesses pessoais ou obter lucro.

Além disso, ainda no exemplo da infração administrativa de destruição de APP, entende-se ser plenamente possível seu cometimento de forma culposa. Por exemplo, imagine-se a situação de alguém que obtenha autorização para queima controlada de vegetação (atividade bastante comum de produção e manejo em atividades agropastoris e florestais) e, por negligência, imperícia ou imprudência permita que fogo extrapole a área autorizada e destrua APP. Neste caso, é inequívoco que a infração teria sido cometida por culpa.

Enfim, feita a análise do tema da responsabilidade administrativa ambiental sob os vieses doutrinário e legal, faz-se relevante tecer comentários a respeito da jurisprudência relacionada ao assunto.

De início, adianta-se que ela não é inteiramente hegemônica, existindo tanto julgados

<sup>6</sup> Art. 4º O agente autuante, ao lavrar o auto de infração, indicará as sanções estabelecidas neste Decreto, observando:

I - gravidade dos fatos, tendo em vista os **motivos da infração** e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente; (grifou-se)

no sentido da responsabilidade subjetiva quanto da responsabilidade objetiva. Entretanto, destaca-se que, nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) parece estar sedimentando o entendimento do caráter subjetivo da responsabilização em matéria administrativa ambiental, o que é bastante elogioso, pois, conforme demonstrado neste artigo, está em consonância com a ordenação pátria sobre o assunto. Seguem abaixo alguns celebrados julgados do STJ a respeito do tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DANO AMBIENTAL. ACIDENTE NO TRANSPORTE DE ÓLEO DIESEL. IMPOSIÇÃO DE MULTA AO PROPRIETÁRIO DA CARGA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. (...) **em que pese a responsabilidade civil ambiental ser objetiva, entendo que a responsabilização administrativa de terceiro, proprietário da carga, por acidente ambiental causado pelo transportador, insere-se no regime geral da responsabilidade do direito brasileiro, revestindo, portanto, caráter subjetivo.** (...) (STJ, AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 62.584 - RJ (2011/0240437-3, in Dje 07/10/2015, grifos acrescidos)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APREENSÃO DE VEÍCULO E INFRAÇÃO AMBIENTAL AFASTADA. TRANSPORTE DE MADEIRAS ACOMPANHADA DE GUIA FLORESTAL PARA TRANSPORTE DE PRODUTOS FLORESTAIS DIVERSOS (GF3) E NOTA FISCAL. DIVERGÊNCIA ENTRE A MADEIRA TRANSPORTADA E A DECLARADA. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NOMEAÇÃO DO PROPRIETÁRIO COMO FIEL DEPOSITÁRIO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...) 3. O Tribunal a quo, amparado no conjunto probatório dos autos, asseverou que não há responsabilidade da ora agravada, haja vista que teve o cuidado de receber a carga acompanhada da respectiva Guia Florestal para transporte de produtos florestais (GF3) e da nota fiscal, sendo que o princípio da razoabilidade e a **ausência de elemento subjetivo afastam a configuração da infração administrativa ambiental.** (...) (STJ, AgRg no AREsp n. 454.667/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, in Dje 16/11/2015, grifamos)

AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO. (...) 9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, **a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexa causal entre a conduta e o dano.** (...) (STJ, REsp n. 1251697/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, in DJE

17/04/2012, grifou-se)

Todavia, mesmo com a crescente tendência de o STJ consagrar cada vez mais a necessidade de demonstração do elemento subjetivo para a imputação de infração administrativa ambiental, outros tribunais ainda resistem à consolidação do entendimento. É o que ocorreu, por exemplo, neste bastante recente julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. IBAMA.

1. O julgador é o destinatário final da prova e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento.

2. Reconhecida a validade do procedimento administrativo.

3. **Infração administrativa ambiental independe da constatação de culpa ou dolo do infrator, bastando a verificação do descumprimento à legislação.**

(Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Acórdão em sede da Apelação Cível n. 5014042-36.2014.4.04.7208/SC. Relator Des. Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle. Julgamento em 20/04/2017, grifou-se).

Como se vê, dada a variedade de entendimentos doutrinários e as oscilações da jurisprudência, a questão da subjetividade (ou objetividade) da responsabilização administrativa ambiental ainda está longe de ser completamente sedimentada.

Nesse cenário, o objetivo deste estudo é de contribuir com a discussão do tão relevante tema, defendendo a necessidade de caracterização do elemento subjetivo para a configuração da infração administrativa ambiental, conforme todos os argumentos e constatações aqui trazidos à tona.

Por fim, em que pese já se entender que a legislação, do jeito que está, acarreta na responsabilização subjetiva, admite-se que a redação dos textos legais poderia ser mais clara, de modo a verdadeiramente enfrentar a matéria. Nesse sentido, apresenta-se a alteração legislativa como hipotética definitiva solução da controvérsia. Se a Lei n. 9.605/1998 e/ou o Decreto n. 6.514/2008 consagrassem o caráter subjetivo da responsabilização administrativa ambiental, haveria completa consonância para com o princípio da culpabilidade e o imbróglia seria - concludentemente - resolvido.

### 3 Considerações finais

Após a pertinente diferenciação entre as três hipóteses de responsabilização em

matéria ambiental (civil, penal e administrativa), o cerne deste artigo foi a defesa do caráter subjetivo da responsabilidade administrativa ambiental.

Conforme explanado, apesar de haver parcela muitíssimo relevante de doutrina que sustenta entendimento contrário, este artigo buscou demonstrar que a responsabilização pelo cometimento de infrações administrativas ambientais não deve prescindir do elemento subjetivo (*culpa lato sensu*).

Após as explanações a respeito do Direito Punitivo e seu respaldo constitucional e dos atos normativos aplicáveis ao assunto (Lei n. 9.605/1998 e Decreto n. 6.514/2008), intentou-se construir adequada linha argumentativa para demonstrar que a responsabilidade administrativa objetiva é ilógica no Brasil.

Enfim, espera-se que este estudo possa contribuir para a tão relevante discussão que motivou a elaboração deste trabalho. A sugestão explicitada no final do Capítulo 3 (alteração legislativa para aclarar a controvérsia) parece ainda bem distante de nossa realidade. Assim, almeja-se que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça passe a ser mais creditada pelos tribunais pátrios, bem como que o princípio da culpabilidade não seja olvidado quando se está diante de Direito Punitivo, seja o Direito Penal ou o Direito Administrativo Sancionador.

### 4 Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015,

LEITE, José Rubens Morato. **Direito Ambiental**. Florianópolis: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

## O CASO UBER COMO QUESTÃO DE MOBILIDADE URBANA VISTO SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

*Eduardo Stachera*

**Palavras-chave:** aplicativo uber; interesse local; transporte; táxi.

**Resumo:** Trata-se de artigo científico que objetiva estudar o tipo de atividade econômica desenvolvida pelo aplicativo Uber e a respectiva natureza jurídica do transporte particular individual remunerado de passageiros. A questão passa por intenso debate doutrinário, principalmente em virtude de uma suposta influência classista, de representantes de motoristas de táxi, que pressionaria o poder legislativo municipal, com fins a promover o monopólio econômico do setor em questão. Para a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, vez que o estudo tem gênese a partir do composto jurídico em vigor, especialmente da Constituição Federal de 1988, não sendo dispensada, contudo, a observação da legislação infraconstitucional que trata do assunto. A pesquisa jurisprudencial foi direcionada ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que proferiu decisão específica sobre o Uber. No decorrer da investigação, serão traçadas linhas gerais acerca do enquadramento jurídico do serviço prestado pelo Uber e de seus parceiros, para identificar se a modalidade de transporte constitui-se em serviço público, ou atividade econômica em sentido estrito. No mesmo sentido, com o norte constitucional, buscou-se identificar os direitos fundamentais conflitantes no caso em tela, assim como aqueles regulamentados por legislação complementar. Por todo o exposto, inferiu-se que o Uber é modalidade de transporte particular de passageiros e que, ao contrário dos táxis, não é serviço de utilidade pública. Apesar de o Uber ser classificado como atividade econômica em sentido estrito, não impede que este seja submetido a algum tipo de regulação por parte do poder público, devendo ser observados, logicamente, os direitos fundamentais do caso concreto. Estes poderão ser melhor aferidos de acordo com as particularidades de cada localidade, inclusive por meio da participação popular. Conclui-se, assim, que a prevalência do interesse para a matéria é afeita ao interesse local.

**Key words:** Uber application; local interest; transportation; taxi.

**Abstract:** This scientific article purposes to study the type of economic activity developed by the Uber application and the respective legal nature of private individual remunerated passenger transportation. The subject goes through an intense doctrinal debate, mostly due to a supposed class influence from the taxi drivers' representatives, that can pressure the civic legislative power, directing to promote the economic monopoly of this sector. This research used the deductive method once the study has source from the legal current compound, particularly the Federal Constitution of 1988, not being exempt, however, the observation of the infra-constitutional legislation that reports the subject. The jurisprudential examination was directed to the Federal Supreme Court and to the Court of Justice of São Paulo, which made a specific decision on Uber. During the study, general guidelines will be drawn up on the legal framework of the service provided by Uber and its partners, objectifying to identify if this mode of transport constitutes a public service or economic activity in the strict sense. In the same logic, with the constitutional orientation, it was required to identify the conflicting fundamental rights in the present case, as well as those regulated by complementary legislation. In view of the foregoing, it has been inferred that Uber is a private passenger mode of transport and that, in contrary sense of taxis, is not a public utility service. Although Uber is classified as an economic activity in the strict sense, it does not prevent it from being subject to some type of regulation by the public power, reasonably making the fundamental rights of the concrete case must be observed. These can be better evaluated according to the particularities of each locality, including popular participation. It is concluding, therefore, that the prevalence of the interest for the theme is affected by the local interest.

### 1 Introdução

Este estudo tem por fim, resumidamente, oferecer uma análise acerca da competência regulatória do transporte individual particular remunerado de passageiros, nesse caso específico representado pelo Uber. O transporte particular individual de passageiros é, dessa maneira matéria afeita ao interesse local. Dessa maneira deve estar submetido, tão somente, ao poder de polícia administrativa, nos limites que a constituição impõe. No que tange a competência para legislar, esta ficará a cargo do poder local, conforme o art. 30, I, da Constituição Federal de 1988.

O Uber consiste, basicamente, em um aplicativo que pode ser acessado em meio digital e que objetiva intermediar uma relação de mercado entre um potencial cliente e aquele que executa o serviço, o motorista do veículo.

Aqueles que desejem se tornar um parceiro Uber e realizar o serviço de transporte, devem cumprir uma série de requisitos, tanto de ordem subjetiva, quanto objetiva, e estão sujeitos a avaliações ao término de cada viagem. Aqueles que precisem se locomover, devem efetuar o download do aplicativo e fazer um cadastro prévio.

Quem contratar o serviço terá acesso às informações, antes do início do trânsito, do tempo provável de duração do deslocamento, da rota que será seguida, assim como de seu valor estimado.

A questão do Uber representa, hodiernamente, uma das principais divergências jurídicas no âmbito do direito administrativo. Ocorre que tanto por parte do aplicativo privado, quanto da modalidade pública (táxis), foram contratados pareceristas de renome para defender seus interesses. O UBER, por exemplo, contou com a colaboração de nomes do direito como Joaquim José Gomes Canotilho e, em âmbito nacional, Daniel Sarmento. Os representantes dos taxistas, por seu turno, foram amparados pela colaboração do notável Eros Grau. Além disso, alguns estudos sobre o caso foram efetuados, a exemplo o efetuado pelo professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Gustavo Binenbojm.

Tudo isso ocorreu, em suma, pelo fato de o aplicativo que se estuda ocasionar uma mudança drástica no mercado até então prevalecente e monopolista dos táxis. Assim, várias foram as localidades que decidiram disciplinar seus serviços, muitas vezes de maneira indiscriminada.

Diante dessa problemática, o Uber foi tratado das formas mais diferentes. Regulado e definido como serviço de utilidade pública, de serviço público, ou então sem qualquer previsão e, muitas vezes, houveram tentativas até de vedar sua entrada no mercado, o que por obvio atinge de maneira frontal a livre iniciativa, concorrência e direito ao trabalho, valores fundantes da República e da ordem econômica.

O movimento mais recente, no intuito de proibir os aplicativos de transporte particular individual de passageiros no país, que realizem suas atividades por meio de aplicativo, consiste no projeto de lei nº 5.587/2016, o qual já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e tramita no Senado.

Dessa maneira, a definição da competência para legislar assuntos dessa modalidade particular de transportes, desvela extrema contemporaneidade e relevância.

## 2 O aplicativo Uber em uma breve introdução explicativa

O aplicativo Uber objetiva intermediar uma relação entre passageiro e motorista, a qual tem gênese por meio de uma plataforma digital, acessível por meio de um celular ou tablete, com fins de propiciar o transporte individual remunerado de passageiros (SARMENTO, 2015, p. 01).

Os interessados em prestar o serviço devem realizar um cadastro diretamente com a empresa e cumprir requisitos tanto de ordem subjetiva, quanto objetiva. Para serem credenciados devem comprovar a qualificação como motorista, a demonstração da vida pregressa criminal e o tempo de uso do veículo que será utilizado no dia a dia.

Para se tornar um cliente, basta a realização do download do aplicativo da empresa, sendo que todo o serviço poderá ser contratado pelo meio digital. Com o simples acesso ao “app”, é possível saber dados da viagem como: seu tempo provável de duração, o motorista responsável e o custo final estimado do deslocamento. Inicialmente exigia-se dados do cartão de crédito, algumas cidades, contudo, já aceitam o pagamento em dinheiro. (MELLO, 2016, p. 778).

É possível e desejável traçar um paralelo para ilustrar a questão. A oferta do transporte individual pelo Uber é, na essência, muito similar ao disponibilizado pelo tradicional serviço de taxi (MELLO, 2016, p. 779) :

“Assim como o serviço prestado através do aplicativo UBER, o serviço de táxi também é essencialmente um serviço de transporte individual remunerado de passageiros. Por meio do táxi, um usuário do serviço é transportado de um determinado local até o destino desejado e paga um determinado valor, calculado com base na distância percorrida no trajeto do transporte.”

No cenário nacional, o transporte Uber está disponível em duas versões, quais sejam o uberBlack e o uberX, também é possível citar o uberCOPTER, ainda em fase de testes, que utiliza helicópteros. O primeiro é mais exigente em relação ao posterior quanto aos veículos admitidos, por isso mesmo mais custoso ao cliente. Nos Estados Unidos da América, país de origem do programa, maior gama de funcionalidades é ofertada, abrangendo a entrega de

comida dos restaurantes conveniados (uberEATS), assim como o uberRUSH, sistema de entrega de compras de loja aos fregueses.

O aplicativo, até o momento, possibilita corridas em 539 cidades, espalhadas por várias partes do globo. Por ter seu foco em disponibilizar transporte remunerado aos passageiros e, justamente por fazer seu campo de atuação as próprias urbes, é flagrante que o exercício de sua autonomia negocial possa gerar alterações no trânsito e na organização das cidades, portanto muito relevante ao interesse das localidades.

### 3 A cizânia que envolve o transporte individual remunerado de passageiros

Desde a entrada do aplicativo Uber no Brasil, vários foram os debates, manifestações e decisões acerca de sua juridicidade. Seu ingresso também deu ensejo a manifestações de taxistas em todo o território nacional (GARCIA, 2016, p. 01)

Todo esse tumulto ocorre em virtude de o Uber provocar uma alteração drástica no mercado, a qual, muitas vezes provocará forte redução, ou até mesmo destruição dos atores do mercado até então prevaletentes, nesse caso os motoristas de táxi.

Diante da inesperada repercussão social e econômica trazida por uma inovação disruptiva, várias foram as localidades que decidiram disciplinar a situação através do Poder Legislativo ou até do Executivo no âmbito de suas localidades.

As iniciativas legislativas apontam para todos os lados. A Câmara de Vereadores da cidade de São Paulo, inicialmente, tentou proibir o Uber através do PL 349/2014. Logo depois, o prefeito Fernando Haddad, por meio do decreto 58.981, permitiu as corridas feitas por meio do aplicativo na capital paulistana.

Outros casos podem ser citados, como a Lei Municipal nº 10.900, da cidade de Belo Horizonte, MG, que proibiu o livre exercício da empresa no âmbito de sua jurisdição.

Em decorrência dos posicionamentos legislativos adotados pelos integrantes do terceiro ente federativo, várias foram as manifestações acerca da competência para legislar sobre o transporte individual remunerado de passageiros.

É possível citar o parecer, contratado pela empresa, de Daniel Sarmento (2016), advogando pela competência da União. Por outro caminho, defendendo o interesse municipal

para a matéria, posicionou-se o professor da fundação Getúlio Vargas, Flávio Amaral Garcia (2016). Essa última corrente será a defendida no presente excerto.

### 4 Tipo da atividade desenvolvida pelo transporte individual remunerado de passageiros: serviço público ou atividade econômica em sentido estrito

Em decorrência da similitude de serviços desenvolvidos entre os modelos Uber e táxi, torna-se imperioso delimitar o enquadramento jurídico de cada atividade. A partir de então, poderão ser determinadas as consequências regulatórias para cada modalidade em separado. O Uber se constitui em meio particular de transporte, o que não impede que ele seja regulado de alguma maneira.

O primeiro ponto a ser analisado, consiste em saber se um dos modais pode ser considerado como serviço público. Segundo o eminente publicista Marçal Justen Filho, uma atividade é qualificada como serviço público quando (FILHO, 2010, p. 686):

A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais. Costuma-se aludir a *publicatio* ou *publicização* para indicar o ato estatal formal necessário à qualificação de uma atividade como serviço público. Esse ato de publicização deverá constar de uma lei. A instituição de um serviço público por meio de ato administrativo é ilegal.

Servindo-se do conceito do professor Marçal, é possível afirmar que um serviço só é público nos casos de se destinar ao cumprimento de direitos fundamentais, devendo existir uma lei dispondo nesse sentido. As principais consequências de uma atividade ser definida como serviço público são seu desenvolvimento sob o regime de direito público, assim submetida a forte regulação estatal. Além de que, na maioria das vezes, sua titularidade será reservada ao Estado, excepcionando-se os casos do Art. 175 da CF. Essa situação não se observa no caso dos táxis, tampouco no que tange ao Uber. (FILHO, 2010, p. 692, 694)

Pelo fato do serviço público representar uma intervenção do Estado na economia e consequentemente, quando caracterizado, reduzir a liberdade individual do cidadão, ela deve ser vista como absoluta exceção, em respeito aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. No mesmo sentido aponta Constituição de 88:

Art. 173: a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Outros doutrinadores fornecem diretrizes acerca da identificação do serviço público de maneira um pouco diversa, contudo no mesmo sentido do que se busca expor no presente capítulo, considerando sempre os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência como balizadores. O próprio STF, no RE 220.999-7, manifestou entendimento no mesmo sentido quando tratou do transporte fluvial (SARMENTO, 2016, p. 21).

*Nem se diga que o transporte fluvial é dos serviços que integram os 'fins do Estado.*

*O Prof. RUY CIRNE LIMA, quanto ao conceito de serviço público foi preciso: 'serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, por isso mesmo tem que ser prestado pelos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa' (...)*

*Não é o que se passa, no caso, com o transporte fluvial.*

*Não é 'indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social' (DUGUIT).*

*Não é existencial para a sociedade.*

*Existenciais e indispensáveis 'à realização e ao desenvolvimento da interdependência social' são os serviços públicos ditos essenciais. (...)*

*A União não tem a obrigação constitucional, legal nem contratual de oferecer os serviços.*

Superada a questão do serviço público, em linhas gerais, cumpre afirmar que a atividade desenvolvida pelo Uber, apesar de se assemelhar ao táxi, não pode ser confundida com o mesmo do ponto de vista jurídico. A lei 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, disciplinou ambos de maneira diversa. Primeiramente, os serviços de táxi se encontram previstos no Art. 4º, VIII, da norma:

“VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas;”

Apesar de estar expressamente disciplinada como “público”, a atividade econômica dos táxis deve ser enquadrada como serviço de utilidade pública. Isso se dá por possuírem especial relevância para a sociedade, assim como outras empresas nos mais variados ramos. Asseverase que nenhuma lei em sentido amplo (constituição, lei orgânica municipal, ou lei municipal), previram-no como serviço público. O ilustre administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello se manifestou sobre essa matéria, fazendo paralelo, inclusive, com o transporte coletivo municipal de passageiros, classificado como público pelo Art. 30, V, da CF (MELLO, 2011, p. 216, 217)

Os arts. 12 e 12-A da Política Nacional de Mobilidade Urbana, apesar de não muito claros, corroboram no sentido de classificar o serviço de táxi como utilidade pública. Os quais seguem:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

§ 2º Em caso de falecimento do outorgado, o direito à exploração do serviço será transferido a seus sucessores legítimos, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

§ 3º As transferências de que tratam os §§ 1º e 2º dar-se-ão pelo prazo da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

A similitude dos serviços tratados nesse capítulo se concentra em 3 fatores: (i) são prestados de maneira individual; (ii) de forma remunerada e; (iii) utilizando de veículos de aluguel. Nada obstante, uma variável é determinante para entender a diferença existente entre eles, que consiste em ser prestado de maneira aberta ao público. O Uber capta seus usuários somente por meio de sua plataforma, na qual cada potencial cliente deve realizar um cadastro prévio, inserindo dados pessoais e o número do cartão de crédito, razão pela qual restringe seu público alvo e não pode ser definido como aberto (SARMENTO, 2016, p. 24, 25).

Os serviços prestados pelo modal Uber também constam expressos na lei 12.587/2012, não obstante, em inciso diverso, o qual segue colacionado abaixo:

“X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares;”

Essa interpretação se demonstra a mais correta conforme a Constituição Federal de 1988. Ora, a Constituição brasileira de 1988, apesar de todo o arcabouço social, é notadamente capitalista, basta uma pelo seu Art. 1º, IV, para essa constatação. Dessa forma todas as possíveis restrições aos direitos fundamentais da livre iniciativa, concorrência e ao trabalho devem estar embasadas em outros direitos fundamentais, guiadas por um critério razoável. Dessa maneira,

submeter a empresa Uber a uma forte regulação, classificando sua atividade como “serviço público” ou de utilidade pública, poderia consistir em graves violações aos direitos previstos constitucionalmente.

Outro dispositivo constitucional importante para o pleno entendimento do assunto está contido no capítulo que a Constituição de 88 reservou para a ordem econômica e financeira e consiste no Art. 170 (caput) e parágrafo único:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios(...)  
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Assevere-se que a mencionada lei, 12587/2012, que é a base para a questão dos transportes urbanos no país, em seu artigo 3º, § 2º, III, traz a discriminação da natureza do serviço de transporte entre público e privado. Por esse motivo e por todo o exposto, o transporte de passageiros realizado pela Uber deve ser enquadrado como atividade econômica em sentido estrito.

Ora, é evidente, também pelo exposto no Art. 170, parágrafo único, da Constituição de 88, que o uber não é uma atividade ilegal somente pelo fato de inexistir autorização expressa para seu exercício (SARMENTO, 2016, p. 22,23). Nada obstante, isso não deve significar que os entes públicos deixarão de regular o setor, vez que determinante na vida das cidades (GARCIA, 2016, p. 02). Esclarecido isso, cumpre delimitar a competência legislativa para o transporte particular de passageiros.

### **5 O fortalecimento da autonomia municipal e a prevalência do interesse como fatores definidores da competência**

Conforme pontuado, a problematização central da questão se concentra em definir se a competência para legislar sobre o transporte individual remunerado de passageiros é privativa da União (Art. 22, XI, CF), ou então se é um dos casos de “interesse local”, conforme prevê a Constituição da República em seu Art. 30, I. Cumpre adiantar que o alargamento da autonomia conferida pela Constituição de 88 aos municípios, assim como a preponderância do interesse local sobre o da União, apontam para a localidade disciplinar o Uber.

A Constituição Federal de 1988 consagra a autonomia dos municípios em seus Arts. 1º e 18, conferindo-lhes, inclusive, status de entidade federativa indispensável à organização do Estado. Tal fato não pode ser desconsiderado quando da interpretação de princípios e regras constitucionais. No mesmo sentido, preceitua Paulo Bonavides (2003, p. 347):

“Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.”

Disso se infere que quando se está a tratar de competência legislativa, impossível não falar em autonomia do ente, isto em respeito ao próprio princípio federativo. A autonomia municipal é gênero, da qual são espécies a administrativa, a financeira e a política. Esta engloba o poder de auto-organização, autogoverno, bem como a capacidade de normatização própria. A última é determinante para considerar os assuntos relativos ao Uber como do interesse local, no mesmo sentido julgou a segunda turma do STF, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, no RE 220.999-7 (2000).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como acima exposto, dispondo acerca da competência legislativa dos municípios, inovou em seu Art. 30, inciso I, conferindo maior autonomia aos municípios e trouxe à baila um tema extremamente controvertido: a multidimensionalidade da expressão “interesse local”.

O dispositivo constitucional em comento está longe de encontrar definição precisa na doutrina, muito provavelmente por dois fatores: O primeiro consiste no fato de o inciso colacionado acima refletir uma expressão de conceito indeterminado. A segunda razão, que guarda íntima correspondência com a primeira, se assenta no fato de a própria vontade constitucional poder desejar maior aplicabilidade para o seu texto e, por esse motivo, não enumera possibilidades de maneira taxativa. (BINENBOJM, 2014, P. 146)

A indeterminação a que se refere pode decorrer de maneira intencional por parte do órgão que editou a norma, que visa a oferecer ao interprete significados mais amplos. O que se menciona aqui não é novo, sendo que Hans Kelsen, tratando de interpretação, teceu considerações sobre o assunto.(Kelsen,

Algumas vezes, as matérias sujeitas ao controle municipal, encontram-se expressas de maneira taxativa no texto constitucional, é exemplo o “ordenamento territorial mediante

planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano” (Art. 30, VIII). Contudo, como visto, o disposto no Art 30, I, CF, reflete-se em uma expressão aberta, devendo ser preenchida de acordo com a situação específica. Dessa maneira e se guiando pelos ensinamentos do ministro Luiz Roberto Barroso, a melhor solução é a interpretação sistemática da Constituição de 88 para a resolução de deslindes. Ensina o ministro:

“Algumas características das normas constitucionais dão especificidade à sua interpretação. Notadamente a presença de enunciados normativos de textura aberta, como conceitos jurídicos indeterminados- e.g., ordem pública, dano moral, interesse social, abuso de poder econômico, calamidade pública(...) tornam o interprete coparticipante do processo de criação do direito. (...) O enunciado normativo, por certo, fornece parâmetros, mas a plenitude de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete.”<sup>xx</sup>

Nesse sentido, a análise do caso concreto Uber, vista sob a ótica do fortalecimento da autonomia municipal, conferido pela própria Constituição de 1988, aponta para o interesse local a competência legislativa.

No que tange a predominância do interesse, é possível dizer que dificilmente determinada matéria será afeita apenas a um ente da federação. Muito provavelmente haverá conflito de interesses entre o âmbito local, regional, assim como nacional. Por isso mesmo é que se fala em predominância do interesse, nesse caso sua relevância se dá para que a autonomia do terceiro ente da federação não corra risco de ser esvaziada. No mesmo sentido:

“Interesse local não é interesse exclusivo do Município(...)Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição.”

Para fazer paralelo à questão, faz-se mister a citação de jurisprudência do STF em sentido diverso. Afirmou a ministra Ellen Gracie:

A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. [RE 313.060, rel. min. **Ellen Gracie**, j. 29-11-2005, 2ª T, DJ de 24-2-2006.]<sup>bb</sup>

Não obstante o respeitável posicionamento da ministra, este não é capaz de exaurir todos os casos de conflitos de competência que possam se apresentar no âmbito nacional. Sua decisão foi proferida no ano de 2006, realidade muito diversa da que se apresenta hodiernamente, com todo o cenário de inovação tecnológica e economia compartilhada, aqui personificada pelo Uber. É descabido imaginar que uma única decisão dê conta de suprir as particularidades de mais de seis mil Municípios brasileiros.<sup>AA</sup>

Aliados aos primeiros argumentos acerca do fortalecimento da autonomia municipal conferida aos municípios pela CFRB de 88, os ensinamentos acerca da predominância do interesse fazem concluir que a competência legislativa para regular os serviços afeitos ao Uber pertence ao interesse local. A partir de então será realizada uma análise dos dispositivos constitucionais que fazem seguir esse norte.

### 5.1 Os possíveis bens jurídicos atingidos pela atividade Uber que justificam prevalência do interesse e autorizam a disciplina por parte do poder local

O que se está a propor é a análise da Constituição de 88, como um conjunto harmônico de regras e princípios. A atividade econômica em questão não deve sofrer restrições absolutas de entrada no mercado, contudo, como se está a tratar de trânsito e organização das cidades, impossível não considerar a organização da *urbe* e a qualidade de vida dos cidadãos como fatores determinantes para a definição da competência.

É pacífico que o caso em discussão envolve direitos fundamentais, como a propriedade (Art. 5º, XXII; Art. 170, II), o trabalho e a livre iniciativa (Art. 1º, IV; Art.5º, XIII, XXII; Art. 6º, caput; Art. 170, parágrafo único), todos da CFRB de 88. Por isso mesmo, deve ser tratado com cuidado para que não haja supressão indevida de direitos.

Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988 trata de propriedade, afirma que ela deve cumprir sua função social (Art. 5º, XXIII); mesmo primando pela livre iniciativa, impõe a defesa do consumidor (Art. 5º, XXXII, Art. 170, V); quando assegura o direito ao trabalho, garante sua proteção (Art. 7º, I). No que tange ao aspecto econômico, é capitalista, mas não deixa de exigir a proteção ao meio ambiente e a existência digna (Art. 170, caput e, VI).

Buscou-se demonstrar que nenhum dos direitos acima enunciados é absoluto, podendo sofrer restrições quando confrontado com outros.<sup>kk</sup> Tendo esse ponto como base, cumpre analisar os dispositivos que apontam para o Art. 30, I, da CF, como competência legislativa para o caso Uber.

É evidente que a natureza do serviço do transporte individual remunerado de passageiros remete ao trânsito. Dessa forma, poder-se-ia afirmar que a matéria seja de competência privativa da União (Art. 22, XI, CF), nesse sentido se manifestaram em parecer Daniel

Sarmento e o ilustre constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho. O STF proferiu decisão no tocante as multas de trânsito:

“É incompatível com a Constituição lei municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do Município.” (ARE 639.496-RG, rel. min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 16-6-2011, Plenário, DJE de 31-8-2011, com repercussão geral.)”

Aquilo que não se assevera razoável, contudo, é considerar como sinônimo a competência privativa da União para legislar sobre trânsito, com a da localidade para promover a organização da cidade, ainda que existam questões correlatas ao trânsito.<sup>ES</sup> Já seguiu por essa linha de raciocínio a Suprema Corte brasileira. Flavio Amaral Garcia, Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira também proferiram manifestação pelo interesse local. Segue parte do julgado:

“Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores. Lei 10.328/1987 do Município de São Paulo/SP. Exercício de competência própria – CF/1967, art. 15, II; CF/1988, art. 30, I – que remete exercício do poder de polícia do Município.” (RE 191.363AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-11-1998, Segunda Turma, DJ de 11-12-1998.)

O Brasil é um país continental e, ainda no ano de 2010, possuía em seu território 5.565 municípios, segundo o IBGE. Para corroborar a ideia de competir ao município a legislação sobre o transporte individual remunerado de passageiros, vale começar pelo Art. 182, caput, da CF.

O referido artigo trata da política de desenvolvimento urbano, conferindo total protagonismo ao município para garantir as funções sociais da cidade, assim como o bem-estar de seus habitantes. O desenvolvimento urbano abrange a política de mobilidade urbana, a lei 12587/2012, em seu Art. 1º, já deixa clara essa relação “A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano”. Dessa maneira, pode-se falar em protagonismo municipal no transporte individual de passageiros conferido tanto pela lei, quanto pela constituição (MELLO, 2016, p. 788).

Neste ponto é crucial imaginar que não só o Uber, mas outras sociedades empresárias devem se estabelecer no mesmo nicho de mercado, o que já acontece na própria cidade de São Paulo, SP, com outros três aplicativos. Tal fato, do ponto de vista jurídico, é saudável em nome do princípio da livre concorrência, anteriormente citado, mas não é só o ponto de vista

econômico que deve ser considerado (MELLO, 2016, p. 780). Ora, esse fenômeno tem o potencial de prejudicar a Política de Mobilidade Urbana, introduzindo no trânsito milhares de novos veículos automotores, cite-se em cidades como é o caso de São Paulo e o Rio de Janeiro, que já são marcadas pela caoticidade.

Como vimos, os táxis realizam serviço muito similar ao uber e são condicionados à autorização do órgão público competente para atuar, também em decorrência do controle do número de automóveis em circulação nas vias. A própria Política Nacional de Mobilidade Urbana prioriza meios de transporte não motorizados, em detrimento dos motorizados. Para além disso, elenca a prioridade do transporte coletivo sobre o individual. (GARCIA, 2016, p. 04). É o que segue nas diretrizes da política em comento:

II - prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado;

As funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes tem diretrizes aprofundadas no Art.5º, da Lei 12587/2012. O texto legal traz, de maneira expressa, a eficiência, eficácia e a efetividade da circulação urbana, a equidade do uso do espaço público de circulação, uma distribuição equânime dos ônus e bônus decorrentes de modos e serviços envolvendo circulação, a acessibilidade universal, o desenvolvimento sustentável das cidades, considerando suas dimensões socioeconômicas e ambientais, dentre outros princípios e mandamentos.

Todo arcabouço principiológico autoriza a municipalidade a disciplinar o transporte individual particular remunerado de passageiros, seja aquele oferecido pela Uber, ou qualquer outro ator econômico. Como citado, o Brasil já possui mais de 6 mil municípios, com realidades distintas em cada qual. Existe a possibilidade de os efeitos negativos da atividade em questão nem se manifestarem em determinada localidade, contudo que sejam desastrosos em alguns outros. Por isso, em respeito a particularidade de cada cidade brasileira, é que a competência legislativa para o Uber foi conferida à localidade.

## 6 Da participação popular nos casos envolvendo a mobilidade urbana

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve, em seu Art.1º, a fórmula do Estado Democrático de Direito. Contemplando, assim, não apenas a possibilidade de uma

vida digna para o homem, mas também o incentivo para participação popular na construção de um novo projeto de sociedade (CANOTILHO, 2014, p. 113).

Como se está a tratar de política urbana e, portanto, do bem-estar dos cidadãos (Art.182, caput, CFRB), deve ser aplicado o previsto no Estatuto da Cidade, uma vez que é ele quem regulamenta os Arts. 182 e 183, da CRFB, conforme previsto no Art. 1º da Lei 10.257/2001.

O chamado Estatuto da Cidade, estabelecendo as diretrizes gerais para o desenvolvimento das funções sociais da cidade, elenca a gestão democrática, por meio da participação popular e de segmentos da sociedade, como determinante para a realização da política urbana (Art. 2º, II).

Reforçando o viés democrático da Constituição Federal e da própria lei, o art.2º, XIII, dispõe que devem ser realizadas audiências do Poder Público municipal, em conjunto com a população interessada, quando houverem empreendimentos ou atividades com efeitos com risco ao meio ambiente ou então ao conforto ou segurança da população, caso que o Uber parece se enquadrar perfeitamente. O Art. 45 da mesma lei obriga a participação popular e de associações representativas para o pleno exercício da cidadania, com vistas a uma gestão democrática da cidade.

Dito isso, cumpre citar posição contrária de Daniel Sarmiento, em parecer elaborado para o Uber, manifestando-se pelo risco da localidade legislar sobre o assunto em decorrência da pressão exercida pelas entidades associativas de taxistas (SARMENTO, 2016, p.35):

“Mais do que isso, nessas localidades há forte pressão sobre o Poder Legislativo, exercida pelas corporações ligadas aos taxistas e donos de frotas de táxi, no sentido da criação de proibições, ou restrições praticamente cabais às atividades econômicas concorrentes, como as exercidas pela consulente e por seus motoristas parceiros”.

Ora veja, por mais que essa afirmação seja verdadeira, a mesma não merece prosperar. O que se está a defender aqui não é o mero interesse local como conceito abstrato, mas sim o próprio Estado Democrático de Direito que, como exposto, impõe, através da Constituição e dos demais diplomas jurídicos que o cidadão se sinta como ator político imerso em sua realidade.

No que toca a um possível problema democrático apontado por Sarmiento, são muito válidos os ensinamentos do constitucionalista argentino, Roberto Gargarella. Segundo ele, uma ideia de democracia não pode caminhar de mãos dadas com o elitismo, mas sim a intervenção

cada vez maior dos cidadãos da tomada dos rumos da política deve ser fomentada e não restringida (GARGARELLA, p. 02).

Por fim, no que consiste ao pretense domínio de determinadas corporações que dominariam o poder legislativo e como se está a tratar do princípio democrático, basilar ao Estado Democrático de direito, imperiosa se faz a busca por uma solução menos gravosa.

Como a própria legislação, conforme demonstrado, fornece instrumentos para participação popular e deliberação, Roberto Gargarella (p. 02) fornece um norte de como proceder e ele consiste no poder judiciário. Nas palavras do ilustre constitucionalista:

“Os juízes deveriam abster-se, por exemplo, de opinar em assuntos que correspondem as maiorias decidir, de maneira democrática, tais como (tipicamente) os planos econômicos a serem adotados. Por outro lado, entretanto, os juízes ficariam encarregados de garantir que essa discussão democrática seja possível.”.

## 7 Considerações finais

Diante de toda a análise empreendida até então, depreende-se que a competência para regular o transporte particular individual remunerado de passageiros é da localidade, como dispõe o art. 30, I, da Constituição Federal de 1988. Essa disciplina por parte do município deve, contudo, se restringir ao poder de polícia administrativa e, nos limites constitucionais.

De início, a solução acima proposta ganha legitimidade na medida que a própria Constituição de 1988 alargou as competências que devem ser destinadas a localidade. Hely Lopes Meireles, em sua obra específica sobre a municipalidade, já manifestou dessa maneira.

Levando em consideração que o aplicativo Uber tem como maior campo de atuação as cidades, direitos fundamentais importantes podem ser atingidos, além de que, segundo a própria Constituição Federal, assim como pela visão de Flavio Garcia, é responsabilidade dos municípios a organização das cidades.

Por fim, tendo em vista que o Brasil está estruturado sob o alicerce do Estado Democrático de Direito, tendo como valores principais, portanto, os Direitos Fundamentais e a Democracia, também pelo viés da participação popular, a Democracia resta facilitada.

Por todo o exposto, e em virtude da melhor interpretação constitucional para o caso em tela, compete à municipalidade a disciplina do serviço de transporte individual particular remunerado de passageiros.

## 8 Referências

- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização** – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais de direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ED. rev., amp. e atual. – Salvador: jusPODIVM, 2016.
- FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n.58. p. 7-24. 2013. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34862>. Acesso em: 28 abr.2017.
- GARGARELLA, Roberto. **A democracia deliberativa na análise do sistema representativo**. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** - 6 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Fórum, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, Charles. **Direito Público: Temas Atuais**. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- MELLO, Ari Cláudio. **O futuro da mobilidade urbana e o caso uber**. Revista de Direito da Cidade, n.2. p. 782. Disponível em <[www.e-publicações.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22029](http://www.e-publicações.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22029)>. Acesso em: 30 abr.2017>.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 28 ed. ver., atual.- São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”**. Parecer. Rio de Janeiro, 10 de julho de 2015.

## O DEVER GERAL DE PREVENÇÃO E A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO: O ATAQUE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À JURISPRUDÊNCIA OFENSIVA

*Ruan Andrade\**

**Palavras-chave:** direito processual civil; jurisprudência defensiva; dever geral de prevenção; princípio da primazia da decisão de mérito.

**Resumo:** Em decorrência do crescente número de processos a que são submetidos, o Poder Judiciário, o qual não detém estrutura satisfatória de forma a cumprir toda a demanda que lhe é atribuída, introduziu no direito processual brasileiro uma prática para reduzir o número de recursos julgados, denominada de “jurisprudência defensiva”. Tal prática consiste na criação de óbices quando da análise de admissibilidade dos recursos, visando inadmiti-los para que não seja necessário julgar-lhes o mérito. O objeto do presente estudo se limita ao princípio da primazia da decisão de mérito e ao dever geral de prevenção enquanto ataque do Novo Código de Processo Civil à inadmissibilidade reiterada das impugnações. O objetivo da presente pesquisa consiste na demonstração da necessidade intransponível de ser positivado até mesmo o dedutível de uma simples interpretação sistemática do diploma legal para que as Cortes Superiores cumpram com suas incumbências. Acrescenta-se que o presente estudo fora realizado por levantamento bibliográfico, utilizando de Decisões proferidas no âmbito do STJ e do STF sob a égide dos Códigos de Processo Civil revogado e vigente. Destaca-se como objeto a criação de óbices ao conhecimento dos recursos excepcionais, bem como os meios utilizados pelo NCPC para superar o formalismo exacerbado. A relevância do tema é notória no impacto causado pela jurisprudência ofensiva sobre os princípios inerentes ao direito processual civil e ao Poder Judiciário como um todo, o que justifica uma análise pormenorizada do entendimento das Cortes Superiores dada a necessidade de superar os precedentes agora incompatíveis com o texto legal. O problema, por sua vez, reside na jurisprudência ofensiva, a qual consiste na criação de obstáculos quando da análise de admissibilidade dos recursos, visando inadmiti-los para tornar desnecessário julgar-lhes o mérito. Como resultado do presente estudo constata-se as consequências das interpretações às avessas dos Tribunais Superiores,

\* Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); e-mail: [ruan.s.andrade@gmail.com](mailto:ruan.s.andrade@gmail.com); telefone: (48) 99149-1162; link para currículo em plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7058840902081549>.

realizadas, apenas, com o intuito de extinguir prematuramente a lide. Embora o Novo Código de Processo Civil tenha combatido e superado parcialmente a jurisprudência ofensiva, uma parcela remanescente de tal prática ainda pulsa na prática forense.

**Keywords:** procedural civil right; defensive jurisprudence; general duty of prevention; principle of the primacy of the merit decision.

**Abstract:** As a result of the growing number of cases to which they are submitted, the Judiciary, which does not have a satisfactory structure in order to fulfill all the demands attributed to it, introduced into Brazilian procedural law a practice to reduce the number of appeals tried, called "defensive jurisprudence". Such practice consists in the creation of obstacles when examining the admissibility of appeals, in order to reject them so that they do not need to be judged on merit, and the object of this study is limited to the principle of the primacy of merit and duty General of Prevention as an attack on the New Civil Procedure Code to the repeated inadmissibility of the objections. The objective of the present research is to demonstrate the insurmountable need to be positive even the deductible of a simple systematic interpretation of the legal diploma so that the High Courts carry out their duties. It is added that the present study was carried out by bibliographical survey, using Decisions rendered in the scope of the STJ and the STF under the aegis of the Civil Procedure Code revoked and in force. Emphasis is placed on the creation of obstacles to the knowledge of exceptional resources, as well as the means used by the NCPC to overcome the exacerbated formalism. The relevance of the subject is well-known in the impact caused by offensive jurisprudence on the principles inherent in civil procedural law and the Judiciary as a whole, which justifies a detailed analysis of the understanding of the High Courts given the need to overcome precedents now incompatible with Legal text The problem, in turn, lies in offensive jurisprudence, which consists of creating obstacles when examining the admissibility of appeals, in order to inadvertently make them unnecessary to judge the merits. As a result of the present study we can see the consequences of the backward interpretations of the Superior Courts, carried out only with the purpose of extinguishing prematurely the proceedings. Although the New Civil Procedure Code has partially counteracted and overturned offensive jurisprudence, a remnant portion of such practice still pulsates in forensic practice.

## 1 INTRODUÇÃO: A CULTURA DE LITIGAR APLICADA EM UM PODER JUDICIÁRIO DESESTRUTURADO

Ao Poder Judiciário vem sendo atribuída uma carga crescente de processos. Isto se deve a alguns fatores, tais como: maior acesso à Justiça, o que acarreta em um maior volume de demandas intentadas; estrutura deficitária do Poder Judiciário frente à demanda a ele atribuída; e, quantidade excessiva de matérias abarcadas pela Constitucional ou por Lei Federal.

Quanto ao número exacerbado de processos tramitando no país, destaca-se que o Brasil já ultrapassou a marca de 102 milhões de ações. Este fora o número apresentado no relatório<sup>1</sup> "Justiça em números 2016", divulgado no dia 17 de outubro de 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça. Ao observarmos que o número de processos vem crescendo ano após ano e que a base de dados para o resultado supracitado foi a relativa ao ano de 2015, concluímos que hoje o cenário deve estar ainda mais agravado. Ademais, o fato de o número de demandas corresponder a, aproximadamente, 50% do número de habitantes<sup>2</sup>, torna irrefutável a cultura extremamente litigiosa do brasileiro.

Esta característica, todavia, não é necessariamente negativa. Destaca-se que tal fato pode decorrer de reiteradas violações aos direitos dos cidadãos, os quais, munidos de um acesso mais amplo ao Poder Judiciário, vêm utilizando de tal meio mais frequentemente.

Em paralelo há a estrutura defasada de todo o Poder Judiciário brasileiro. Para comprovar o quão insuficiente este se apresenta, sobretudo nas Cortes Superiores, objeto do presente estudo, traça-se um comparativo com outros países com população bem inferior a que apresenta este país. Enquanto o Brasil possui 44 ministros em suas Cortes Superiores (33 no Superior Tribunal de Justiça e outros 11 no Supremo Tribunal Federal), a Itália, país com pouco mais de 62 milhões de habitantes<sup>3</sup> em julho de 2016 (menos de um terço da população brasileira), em sua Corte de Cassação (equivalente ao STJ, no Brasil), possuía 302 julgadores em 2015<sup>4</sup>. Da mesma forma, cita-se o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, composto por

<sup>1</sup> <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>.

<sup>2</sup> A projeção realizada pelo site do IBGE no dia 27/07/2017, às 11:48h, atingiu a marca de 207.787.700 habitantes. <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>.

<sup>3</sup> Segundo a Central Intelligence Agency (CIA). <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/geos/it.html>.

<sup>4</sup> <http://www.conjur.com.br/2015-set-27/entrevista-giorgio-santacroce-presidente-corte-cassacao-italia>.

um total de 64 juízes<sup>5</sup>, sendo que o país possuía pouco mais de 10,8 milhões de habitantes<sup>6</sup> em julho de 2016, aproximadamente vinte vezes inferior à população brasileira.

Por fim, destaca-se que praticamente todas as demandas judiciais envolvem preceito constitucional e/ou baseiam-se em legislação federal. Isto decorre da extensão da Constituição Federal, a qual, em seus 250 artigos, extrapola o conteúdo a que deveria se restringir, como quando trata da órbita a que pertence um colégio localizado na cidade do Rio de Janeiro (art. 242, § 2º). Da mesma forma ocorre com a legislação federal. O Brasil já possui mais de treze mil leis federais, muitas delas inúteis ou que, no mínimo, não deveriam ser previstas em legislação de tal âmbito.

A consequência disso é bastante lógica. Ora, se a Constituição Federal trata de um volume de matérias muito além do necessário, tudo o que nela for tratado é passível de ser objeto de Recurso Extraordinário. O mesmo ocorre em relação à legislação federal. Tudo aquilo previsto em alguma lei de tal âmbito poderá ser objeto de Recurso Especial. Desta forma, as Cortes Superiores transformam-se em verdadeira terceira instância de julgamento, ampliando a morosidade da Justiça.

## 2 O OBJETO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE

A análise de admissibilidade recursal trata da validade do procedimento<sup>7</sup>, proferindo, no caso de conhecimento da impugnação, um juízo declaratório da eficácia do recurso, e, quando inadmitido, um juízo constitutivo negativo, declarando a invalidade do ato-complexo<sup>8</sup>.

A natureza declaratória negativa e eficácia retroativa<sup>9</sup> da decisão de inadmissibilidade recursal constitui o posicionamento majoritário entre os doutrinadores brasileiros. Isso decorre do entendimento de que os requisitos analisados no julgamento de admissibilidade não são gerados no momento em que tal decisão é proferida, mas a ela são anteriores. Salienta-se que o

<sup>5</sup> <http://www.ministeriopublico.pt/pagina/supremo-tribunal-de-justica>.

<sup>6</sup> Segundo a Central Intelligence Agency (CIA). <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/geos/it.html>.

<sup>7</sup> NERY, JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266-267.

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 5, p. 264.

<sup>9</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 5, p. 265.

objetivo do exame da admissibilidade recursal limita-se a declarar a presença, ou não, dos requisitos exigidos<sup>10</sup>. Ressalta-se que há posicionamento diverso<sup>11</sup>, entendendo que o recurso, ressalvada a hipótese de manifesta intempestividade, afasta o termo inicial para a propositura da ação rescisória.

Conforme exposto supra, o exame da admissibilidade recursal não faz qualquer referência ao bem litigioso. Ao invés disso, a referida análise resta restrita aos requisitos de admissibilidade da peça recursal em tela. Os respectivos requisitos, consoante será pormenorizado em item adiante, foram classificados por José Carlos Barbosa Moreira em dois grupos: intrínsecos e extrínsecos<sup>12</sup>.

## 3 OS REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS

No primeiro grupo, segundo a divisão de José Carlos Barbosa Moreira, encontram-se os **requisitos intrínsecos** são assim denominados em virtude de sua íntima conexão com a própria existência do direito de recorrer. São eles: **a) o cabimento**, devendo, para que reste cumprido, haver previsão legal da impugnação utilizada e que esta seja adequada à decisão combatida (observados o princípio da fungibilidade recursal e as regras da singularidade<sup>13</sup> e da taxatividade<sup>14</sup>), devendo tal decisão, obviamente, ser recorrível; **b) a legitimidade**, prevendo a possibilidade de interposição de recurso somente pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado<sup>15</sup> ou pelo Ministério Público<sup>16</sup>, sendo que este o pode fazer na qualidade de parte ou de fiscal da ordem jurídica; **c) o interesse**, observadas a utilidade e a necessidade<sup>17</sup> apresentadas pelo recorrente de interpor a referida impugnação, consubstanciadas no fato de que a situação jurídica litigiosa lhe seja mais favorável após o julgamento do recurso e que para atingir tal

<sup>10</sup> Com ressalvas: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 68.

<sup>12</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Forense, 2012, pp. 116-119.

<sup>13</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199.

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 5, p. 249.

<sup>15</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 113.

<sup>16</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 115.

<sup>17</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 5, p. 298-306.

situação lhe seja imprescindível utilizar das vias recursais; e, **d) a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer**, considerando como impeditivos todos os atos que deram origem ao resultado desfavorável na decisão que a parte pretende impugnar, tais como a desistência, a renúncia sobre o direito litigioso e o reconhecimento da procedência do pedido, observando a ocorrência do *venire contra factum proprium*<sup>18</sup>. Já o fato extintivo não gerou o resultado desfavorável, mas é contraditório à interposição de recurso. São os casos da renúncia ao recurso e da aquiescência à decisão.

Quanto aos requisitos extrínsecos, estes são diretamente relacionados ao modo com que se exercita o direito de recorrer, quais seriam: **a) a tempestividade**, prevendo que o recurso deve ser interposto dentro do prazo legal, a ser contado da intimação da parte<sup>19</sup>, respeitado o prazo em dobro concedido à Fazenda Pública (art. 183, CPC), à Defensoria Pública (art. 186, CPC) e ao Ministério Público (art. 180, CPC), salientando o avanço proporcionado pelo Novo Código de Processo Civil ao superar o posicionamento em prol da intempestividade do recurso prematuro<sup>20</sup>, passando, por meio do art. 218, § 4º, CPC, a considerá-lo tempestivo<sup>21</sup>; **b) a regularidade formal**, respeitando a regra da dialeticidade<sup>22</sup> ao observar uma forma pré-estabelecida, sendo esta atingida quando o recorrente impugnar os fundamentos adotados na decisão combatida de forma específica, juntar as peças obrigatórias para o agravo de instrumento quando se tratar de processo em autos físicos, juntar provas e demonstrar a divergência jurisprudencial no caso de recurso especial interposto sobre esse fundamento, demonstrar a ocorrência de repercussão geral quando da interposição de recurso extraordinário, formular o pedido recursal, bem como utilizar a forma escrita para a interposição de recurso, ressalvado o caso dos embargos de declaração<sup>23</sup>; **c) o preparo**, devendo o recorrente adimplir as despesas atinentes ao processamento da impugnação no valor equivalente à soma da taxa

<sup>18</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. 5, p. 340.

<sup>19</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 121.

<sup>20</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de recurso prematuro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8, p. 58-66

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos recursos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16, p. 9-23.

<sup>22</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015 em conformidade com a Lei 13.256/2016*. 1ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016, p. 70.

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 124.

judiciária e das despesas postais<sup>24</sup>, bem como realizar a referida comprovação, ressalvado o dever do relator (art. 932, Parágrafo Único, CPC) de intimar o recorrente para que corrija eventuais defeitos sanáveis (dificuldade em comprovar o preparo, ausência ou insuficiência de preparo<sup>25</sup>), restando vedada a inadmissibilidade imediata do recurso nesses casos.

#### 4 O CHECKLIST

Observado, consoante mencionado em item anterior, o crescente número de processos a que é submetido, o Poder Judiciário, detentor de estrutura deficitária, impossibilitado de cumprir toda a demanda que lhe é atribuída, adotou uma prática com o intuito reduzir o número de recursos efetivamente julgados. Denominada jurisprudência defensiva, pode, todavia, ser classificada como ofensiva<sup>26</sup>, dado seu ataque aos princípios da primazia da decisão de mérito, da boa-fé processual, da cooperação, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do contraditório.

Consolidada pela criação de óbices ou vícios, ainda que sanáveis, quando da análise de admissibilidade dos recursos<sup>27</sup> excepcionais, utilizando, inclusive, de formalismo exacerbado<sup>28</sup> e de interpretações excessivamente rigorosas<sup>29</sup> ou sem lastro legal (extralegais e até *contra legem*), com o objetivo de tornar desnecessário o julgamento de mérito, a jurisprudência ofensiva pode ser definida como verdadeiro ataque dos Tribunais, especialmente os Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) contra uma pretensão jurídica em grau recursal. Por meio da primazia do *checklist*<sup>30</sup>, estratégia baseada em extensa lista de requisitos puramente técnicos, excessivamente formais e não constantes em qualquer diploma legal para que reste inadmitida a impugnação interposta, os Tribunais Superiores

<sup>24</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 126.

<sup>25</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 127.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 71.

<sup>27</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015 em conformidade com a Lei 13.256/2016*. 1ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016, p. 68.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 81 e seguintes.

<sup>29</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Os recursos no novo CPC e a "Jurisprudência defensiva"*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 381.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 71.

buscam a inadmissibilidade recursal a qualquer custo, sendo notório o propósito de não se dar ao trabalho – e à demora- de lhe julgar o mérito.<sup>31</sup>

#### 4.1 Reexame de provas ou fatos

Ambas as Cortes Superiores criaram filtros para a admissibilidade dos recursos excepcionais. De todos os filtros criados, talvez o que possibilite à jurisprudência ofensiva inadmitir o maior número de recursos, seja aquele previsto nas Súmulas nº 7 (do Superior Tribunal de Justiça) e 279 (do Supremo Tribunal Federal), impedindo o conhecimento de incontáveis recursos especiais e extraordinários, respectivamente.

Ambos os enunciados sumulares possuem semelhante teor, qual seria o de inadmitir o respectivo recurso excepcional para simples reexame de prova, conforme se verifica:

**Súmula nº 7, STJ.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

**Súmula nº 279, STF.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Os recursos especial e extraordinário possuem fundamentação vinculada, uma vez que não são aptos a gerar rediscussão do material probatório ou dos fatos inerentes ao objeto litigioso. Assim, tais impugnações visam o controle da correta aplicação do direito objetivo, tanto no atinente à legislação federal (recurso especial), quanto no que tange previsão constitucional (recurso extraordinário).

Contudo, na prática, embora um determinado recurso excepcional supere todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos para o seu conhecimento, dificilmente as razões recursais serão objeto de análise. Isto decorre da reiterada interpretação dos Tribunais de que o julgamento do mérito recursal implicaria em reexame de provas, independentemente do objeto da lide.

A normalidade (como se de alguma norma fosse oriunda) com que a jurisprudência ofensiva (ou defensiva) vem sendo aplicada é tão ultrajante que o Ministro Humberto Gomes de Barros, quando de sua posse como Presidente do STJ, em seu discurso mencionou: “Para fugir a tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada ‘jurisprudência defensiva’ consistente

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 71.

na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos”. O que vem ocorrendo é, na verdade, um verdadeiro desrespeito institucionalizado e confesso a uma cláusula pétrea da Constituição Federal.

Nesse sentido, colaciona-se Magistério de Diogo Carneiro Ciuffo:

De acordo com tal garantia [do acesso à justiça], portanto, não podem os Tribunais Superiores criar óbices indevidos à admissão dos recursos especial e extraordinário, quer seja mediante novos requisitos de admissibilidade que não aqueles exigidos pela lei ou pela Constituição, bem como mediante o excesso de formalismo com os requisitos já existentes. A circunstância dos Tribunais Superiores encontrarem-se abarrotados de recursos aguardando julgamento não pode e não deve ser argumento para a utilização dos requisitos de admissibilidade dos recursos como freios para a contenção do grande volume recursal. O acesso à Justiça é bem de maior importância e deve, portanto, ser sempre preservado.<sup>32</sup>

A jurisprudência defensiva é consolidada quanto à aplicação da Súmula 7, no âmbito do STJ.<sup>33</sup> Em sede de recurso extraordinário, a aplicação da Súmula 279 do STF não é diferente.<sup>34</sup>

#### 4.2 Ausência de interposição simultânea dos recursos excepcionais

A jurisprudência ofensiva também se apresenta por meio da exigência de interposição simultânea de recurso especial e extraordinário. Esse fenômeno, denominado no direito estadunidense de *two issue rule*, ocorre quando a decisão a ser combatida é lastreada em uma pluralidade de fundamentos, sendo parte destes impugnável por recurso especial, parte por recurso extraordinário, devendo qualquer um dos fundamentos, se considerados isoladamente, ser autossuficiente para sustentar o teor decisório.

Desta forma, quando um dos fundamentos da decisão é de matéria constitucional e outro fundamento previsto em legislação federal, hão de ser interpostos recurso extraordinário e especial, concomitantemente, para que cada qual combata o respectivo capítulo da decisão impugnada. Havendo a interposição isolada de um dos recursos, este não será conhecido em

<sup>32</sup> CIUFFO, Diogo Carneiro. **Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais**. São Paulo: RT, 2008, v. 160, p. 205.

<sup>33</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma, AgInt no AREsp nº 932.974/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 29/09/2016, DJe de 07/10/2016. 2011/0187972-0.

<sup>34</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ARE nº 743.771/SP RG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 16/05/2013, DJe de 31/05/2013.

decorrência da inutilidade de eventual provimento, haja vista que o capítulo não impugnado estaria apto a manter o que fora decidido anteriormente.<sup>35</sup>

Nesta toada, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado 126 da súmula da sua jurisprudência<sup>36</sup>: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. No mesmo sentido, a Súmula 283 do STF: “É inadmissível recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Situação semelhante ocorre quando é interposto recurso extraordinário em face de decisão lastreada em dois fundamentos autônomos e suficientes, sendo que somente a um deles é reconhecida a repercussão geral, requisito para admissibilidade dessa espécie de impugnação, presente no art. 102, § 3º, da Constituição Federal. Entende o Supremo Tribunal Federal que o julgamento de um dos fundamentos seria inócuo quando o fundamento restante, cujo recurso fora inadmitido, continuaria sustentando a decisão recorrida, sendo aplicada a Súmula 283 do STF.<sup>37</sup>

### 4.3 Prequestionamento inexistente, implícito ou ficto

Em virtude da utilização das Cortes Superiores como terceiro grau de jurisdição, ambos os Tribunais utilizam o prequestionamento como tentativa de freio aos recursos a eles submetidos, sendo que nessa filtragem de recursos realizada, utilizam-se de falácias processuais, muitas delas *contra legem*. Sustenta-se que os requisitos de admissibilidade e suas formalidades não devem ser utilizados de forma enviesada, com a finalidade precípua de eliminar os processos prematuramente.

A maior polêmica, talvez, resida no fato de o prequestionamento não figurar no rol dos requisitos para a admissibilidade de recurso excepcional, mas previsto por meio de Súmulas do

<sup>35</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 315.

<sup>36</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.215.892/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. em 31/08/2011, DJe de 01/09/2011.

<sup>37</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª T., ARE 783.535/BA AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/09/2014, DJe 181 de 18/09/2014.

STJ e do STF, o que acarreta em divergências na doutrina. Embora formando corrente minoritária<sup>38</sup>, dada a ausência de previsão legal, é coerente a arguição de inconstitucionalidade do requisito.

De grande relevância, também, é a divergência quanto ao momento em que se considera cumprido o prequestionamento, dadas as implicações em torno do prequestionamento ficto, se quando da simples provocação da parte, se restaria configurado somente na existência do pronunciamento judicial acerca do tema ou se da conjugação entre a iniciativa da parte e o pronunciamento judicial.

Explicitando nova divergência no posicionamento dos dois Tribunais Superiores, diferentemente do STJ, o STF já entendia como cumprido o prequestionamento ficto, o qual consiste em dar como prequestionada a matéria não enfrentada na decisão combatida pela simples oposição de embargos declaratórios que combatam tal omissão, independentemente do resultado do julgamento dos embargos.

Nesse sentido, a Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Em posicionamento diverso, o STJ previa a Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”. Felizmente, o Novo Código de Processo Civil, por meio de seu art. 1.025, reconhecendo o prequestionamento ficto, findou a divergência.

Sustenta-se que a aceitação por parte das Cortes Superiores das diferentes modalidades de prequestionamento é bastante controversa. O STF não considera válido, para fins de admissibilidade recursal, o prequestionamento implícito, o qual se consubstancia na hipótese de o julgador tangenciar o fundamento do recorrente sem, contudo, citá-lo na decisão proferida. Já o STJ, entende como cumprida a exigência do prequestionamento quando este se der de forma implícita.

Infere-se que, no tocante ao prequestionamento implícito, perdeu uma boa oportunidade o legislador de dar fim à divergência. Em que pese a interpretação mais coerente seja no sentido de que o prequestionamento implícito deve configurar o cumprimento de tal exigência, haja vista que o prequestionamento ficto é suficiente para ver cumprido o requisito, o diploma processual poderia ter previsto expressamente tal possibilidade.

<sup>38</sup> É o posicionamento de Guilherme Caldas da Cunha e Karpov Gomes Silva.

Outro ponto relevante é o atinente ao cumprimento do requisito do prequestionamento para a interposição de recurso especial quando este se desse somente por meio do voto vencido. De forma ofensiva, prevê a Súmula 320 do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.<sup>39</sup>

Notório avanço adveio da previsão constante no § 3º do art. 941 do CPC, o qual menciona: “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”. Supera-se, enfim, óbice imposto para conhecimento de recursos excepcionais baseando-se na ausência da respectiva exigência. Inegável que o voto vencido é tão integrante da decisão quanto o voto vencedor. O fato de não ter logrado êxito em decorrência da quantidade de adeptos do voto não o torna não discutido.

Dessa forma, devem ser cancelados os enunciados n. 211 e 320 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, passando a admitir, para fins de prequestionamento tanto o prequestionamento ficto, quanto o voto vencido.

#### 4.4 Preparo

Deserto é o recurso ausente de preparo, ou seja, aquele cujas despesas atinentes ao processamento não foram adiantadas, configurando causa objetiva de inadmissibilidade recursal, estendendo-se tal exigência às impugnações interpostas por terceiro, independentemente do preparo atinente aos recursos interpostos pelas partes.

A jurisprudência ofensiva é ampla nesse sentido<sup>40</sup>, e, evidentemente, utilizava-se da inexistência ou insuficiência de preparo para ampliar sua improdutividade. Decisão emblemática no sentido de inadmitir recurso por preparo insuficiente (faltavam R\$ 0,02 ao preparo), foi a proferida na Reclamação 4.278-RJ do STJ, quando a rel. Min. Maria Isabel Gallotti, inadmitiu o recurso sem conceder prazo ao recorrente para complementar o preparo.

<sup>39</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª T., ARE 783.535/BA AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/09/2014, DJe 181 de 18/09/2014.

<sup>40</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª T., AgRg no AREsp 130.274/MS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 16/10/2014, DJe 24/10/2014.

Absurdo é o entendimento quando o preparo não é inexistente<sup>41</sup>, mas insuficiente, faltando-lhe, apenas, dois centavos para o cumprimento integral, sendo manifesto o desejo do recorrente em ver o mérito do seu recurso julgado. A inadmissibilidade imediata do recurso em tela colide frontalmente com a teoria do adimplemento substancial, corolário do princípio da boa-fé, reconhecida pelo próprio STJ.

Revidando a ofensiva da prática abusiva praticada pelos Tribunais Superiores, o legislador previu expressamente no Parágrafo único do art. 932 do CPC, o dever do relator de intimar o recorrente para que corrija eventuais defeitos, como: dificuldades em comprovar o preparo, ausência de preparo ou preparo insuficiente.<sup>42</sup> Sendo assim, resta claro que a inadmissibilidade imediata do recurso por meio da deserção é vedada ao relator. Deve, em casos tais, consoante preconiza os §§ 2º e 7º do art. 1.007 do CPC, conceder o prazo de cinco dias para que o recorrente possa sanar o defeito, em respeito à primazia da decisão de mérito.

Restando agora, pois, superado pelos §§ 2º e 4º do art. 1.007 do CPC, a Súmula 187 do STJ: “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”.

#### 4.5 Ausência do acórdão paradigma

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de inadmitir todos os recursos sem a devida juntada do inteiro teor do acórdão paradigma, na forma do art. 255 do seu Regimento Interno, por entender que tal ausência impossibilita a exata compreensão da controvérsia.

Embora seja o caso de vício formal não grave<sup>43</sup>, o que deveria acarretar na desconsideração pelo julgador ou na determinação para que o recorrente viesse a sanar o vício, consoante preconiza o art. 1.029, § 3º, CPC, a jurisprudência ofensiva resiste.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Em se tratando de recurso interposto sem preparo, o relator deverá intimar o recorrente para, no prazo de cinco dias (art. 218, § 3º, CPC), realizar o preparo em dobro, sob pena de deserção (art. 1.007, § 4º, CPC).

<sup>42</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 127.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 98.

<sup>44</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp 970.206/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. em 01/02/2017, DJe 03/02/2017.

#### 4.6 Ausência de procuração

Quanto à necessidade de juntar procuração nos autos para que seja considerada regular a representação das partes, não restam dúvidas: configura mais um vício sanável, passível de correção após intimação do recorrente para tal. Todavia, o STJ deturpou o sentido da lei e colocou-se acima desta, questionando a aplicação do dever geral de prevenção às instâncias extraordinárias.

Entendeu o Tribunal da Cidadania pela necessidade da regularidade da representação processual já no ato da interposição do recurso. Inclusive, esse é o entendimento que se subtrai da Súmula 115 do STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Assim, conforme previsão do NCPC (art. 1.029, § 3º), considerando a classificação de tal vício como não grave, deveria, ocorrendo tal irregularidade, ser determinada a sua correção pelo recorrente antes de ser inadmitido o recurso ou o desentranhamento das contrarrazões (art. 76, § 2º)<sup>45</sup>. Todavia, em decisão já sob a vigência do NCPC, o STJ fez novo uso da jurisprudência ofensiva.<sup>46</sup>

#### 4.7 Carimbo ilegível

A jurisprudência ofensiva também se manifestava quando o Poder Judiciário inadmitir recursos pelo fato do carimbo fornecido pelo próprio Poder Judiciário estar ilegível.<sup>47</sup> Assim, quando interposta a impugnação, restando ilegível a data de interposição, o recurso era inadmitido, configurando uma presunção absoluta de intempestividade. Mostrava-se, o Judiciário, mais uma vez, tendencioso a não julgar o mérito recursal.<sup>48</sup>

Observando entendimentos como este, resta absolutamente claro que a instrumentalidade do processo, constituindo a formalidade em mero instrumento para a

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 97.

<sup>46</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RE no EDcl no AgRg no AREsp 836.645/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. em 15/03/2017, DJe 20/03/2017.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 88-89.

<sup>48</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 722.892/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 25/11/2015, DJe 04/12/2015.

concretização da justiça, com os olhos postos no jurisdicionado, e não com um fim em si mesmo, ainda não foi plenamente compreendida pelas Cortes Superiores brasileiras.

Felizmente, foi bem o legislador ao prever a possibilidade de o recorrente comprovar a tempestividade posteriormente (art. 932, Parágrafo Único, CPC), impedindo que, de forma desarrazoada, fosse o recorrente sancionado por uma falha do Poder Judiciário.

#### 4.8 Recurso prematuro

Por fim, mas não menos relevante, cita-se a jurisprudência ofensiva realizada por meio do recurso prematuro, obtendo tal classificação aquelas impugnações protocolizadas antes da publicação do acórdão combatido. Assim, embora o advogado se demonstrasse diligente na interposição do recurso de seu cliente, tal impugnação era considerada extemporânea. “Como explicar ao cliente que o seu recurso foi considerado intempestivo se foi interposto antes da abertura do prazo”<sup>49</sup>, questiona Pedro Miranda de Oliveira.

Nessa toada, o STF já se pronunciou no sentido de que a notícia do julgamento não legitima a interposição de recurso por absoluta falta de objeto.<sup>50</sup>

Em boa hora, o legislador encerrou tal prática ao positivar (art. 218, § 4º, CPC) a tempestividade do recurso prematuro.

### 5 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO

No âmbito da argumentação forense, é passível de ser identificado um grande conflito – ou uma tensão, não necessariamente uma colisão – entre o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Visualizada a disputa entre o direito que detém a parte de que sejam disponibilizados os meios que garantam a celeridade processual para que seu processo seja julgado em tempo razoável, e, de outro, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, torna-se mais clara a posição em que se encontram as Cortes Superiores quando analisam a admissibilidade recursal em qualquer demanda, devendo pesar e fazer prevalecer aquele que julga primordial.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 87.

<sup>50</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª T., RMS 23.782 AgRg/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 06/12/2005, DJU 18/09/2009.

Até a entrada em vigência do Novo Código de Processo, em 18 de março de 2016, o direito de acesso a uma tutela jurisdicional justa e adequada vinha sendo superado pelo ditame de celeridade. Nítido é o cenário em que a jurisprudência ofensiva movimenta os requisitos de admissibilidade, como se verdadeiras marionetes fossem, de forma absolutamente conveniente.

O direito à duração razoável do processo e à celeridade que nele deve ser empregada, já previstas no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, agora, com o Novo Código de Processo Civil, passam a figurar, também, nos arts. 4º (princípio da primazia da decisão de mérito) e 6º (princípio da cooperação), do diploma processual. Contudo, salienta-se que esses mesmos arts. 4º e 6º, do CPC, tratam do prazo razoável para a obtenção da decisão do mérito da lide. Ora, absolutamente lógica a previsão do legislador, haja vista que o objetivo maior do processo é julgar o mérito.

**Art. 4º, CPC.** As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

**Art. 6º, CPC.** Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (grifo nosso).

Sustenta-se, observando os respectivos dispositivos que, embora seja incontestável a importância de que o processo seja julgado em tempo razoável, encerrar prematuramente a demanda sem julgar-lhe o mérito é, no mínimo, contraproducente.

Nesta toada, embora seja plenamente compreensível por meio dos dispositivos supracitados que o foco primordial do processo é a prestação da atividade jurisdicional de forma igualitária, célere e segura, há uma necessidade intransponível de ser positivado até mesmo o dedutível de uma simples interpretação sistemática do diploma legal para que as Cortes Superiores cumpram suas incumbências.

Assim, em total dissonância com a inexorável tendência das Cortes Superiores em inadmitir os recursos excepcionais, o NCPC positivou o óbvio. O art. 4º do referido diploma evidencia o princípio da primazia da decisão de mérito, vinculando o julgador a evitar a inadmissibilidade sempre que possível for. Com o intuito de não deixar margem a interpretações às avessas pelos Tribunais Superiores, o legislador reiterou o posicionamento por meio do disposto no parágrafo único do art. 932, também do NCPC, defendendo que os vícios sanáveis presentes em recursos tempestivos restem superados ou que seja possibilitada a sua correção pelo recorrente. Lembrando que solucionar os conflitos de interesse em caráter coativo trata-se do poder-dever, da função ou da atividade do Estado juiz.

O Novo Código de Processo Civil tem como principal objetivo viabilizar a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, possibilitando, quando do esgotamento da atividade jurisdicional, um resultado útil ao jurisdicionado. Coerente com tal posicionamento, o NCPC trouxe um novo vetor axiológico no que tange o princípio da primazia da decisão de mérito. Grande distinção entre o código atual e o revogado consiste no fato de que o CPC/73 previa a duração razoável do processo, ao passo que o NCPC vai além, propondo que em duração razoável seja atingida a solução satisfativa, concretizando o efetivo acesso à justiça por meio da decisão de mérito.

Possível concluir, a partir do exposto, pela valorização do princípio da primazia da decisão de mérito, ganhando, este, um status superior ao apresentado pela duração razoável do processo. Indiscutível o avanço proporcionado pelo Novo Código.

Salienta-se que a razão de existência do livre acesso ao Judiciário consiste na possibilidade do jurisdicionado obter o direito por ele pleiteado. Obviamente, o ideal seria obter a solução em um tempo razoável, todavia, de nada adiantaria uma solução rápida que não atinja o objetivo almejado pela parte. Para que veja seu litígio solucionado, resta ao jurisdicionado, somente, recorrer ao Poder estatal para que o conflito em tela seja julgado, haja vista que este detém o monopólio da jurisdição.

Um bom exemplo de jurisprudência ofensiva atacada pelo Novo Código por meio da positivação do já era óbvio ao tempo do CPC revogado, foi o atinente ao recurso prematuro, o qual gerava a inadmissibilidade recursal pelo excesso de diligência do advogado.

Observado o que fora exposto supra, irrefutável é a incompatibilidade entre a prática reiterada dos Tribunais Superiores com os ideais previstos pelo Novo Código de Processo Civil. A demanda, uma vez não observados esses ideais, mostrar-se-ia inócua para as partes, pois o autor não veria o direito pleiteado satisfeito, ao passo que o réu fora compelido a utilizar recursos financeiros e o seu tempo para defender-se do que lhe fora imputado pelo autor.

Nesta toada, é facilmente visualizado o cabo de guerra entre o princípio da primazia da decisão de mérito, e a tendência de os Tribunais tentarem se eximir de suas atribuições, sobretudo no âmbito das Cortes Superiores. Observada a persistência da jurisprudência ofensiva em empregar óbices ao conhecimento de recursos com o nítido propósito de limitar o julgamento do maior número possível de impugnações, é possível inferir que ainda pulsa a primazia do *checklist*.

Por meio do formalismo exacerbado, a jurisprudência ofensiva ainda sobrevive na incansável luta por desafogar o Judiciário a qualquer custo. Lamentavelmente, o preço a ser

pago tem sido a negativa de prestação jurisdicional e, por consequência, a vedação ao direito do recorrente.

Para isso, consoante explanado anteriormente, as manifestações proferidas pela jurisprudência ofensiva não são dotadas de embasamento legal, sendo criadas por meio de Regimento Interno, inclusive, além de distorcerem a interpretação dos princípios inerentes ao direito processual.

O maior desafio do Novo Código de Processo Civil no pertinente ao princípio da primazia da decisão de mérito, conclui-se, reside na necessidade de eliminar as práticas dotadas de excessivo formalismo, eliminando os filtros ilícitos impostos com o intuito de finalizar o processo prematuramente, bem como zelar para evitar que novos filtros igualmente ilícitos ou abusivos sejam criados.

Somente com eterna vigilância será possível garantir o respeito ao princípio da primazia da decisão de mérito e a aplicação com retidão dos preceitos constitucionais e processuais. O direito processual atual deve pautar-se em um modelo procedimental coerente com as diretrizes do processo democrático, garantindo o efetivo acesso à justiça.

## 6 O DEVER GERAL DE PREVENÇÃO

Positivado pelo Novo Código de Processo Civil em seu art. 932, Parágrafo Único, o dever geral de prevenção funde os princípios da cooperação (art. 6º, CPC), da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC), bem como da igualdade processual, relação bem consolidada na doutrina.<sup>51</sup> Com isso, o órgão jurisdicional fica vinculado a, sempre que possível, remover eventuais óbices ao julgamento de mérito.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 600; GOUVEA, Lúcio Grassi de. **Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 338; BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 200-201.

<sup>52</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65; BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 199-201.

Sustentando este poder-dever, explicita o enunciado nº 197 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que o Parágrafo Único do art. 932 do CPC aplica-se aos vícios sanáveis de quaisquer recursos, inclusive os excepcionais.

O dispositivo supra impõe<sup>53</sup> ao relator que, antes de inadmitir o recurso pela presença de qualquer vício sanável ou ausência de documentação exigível, conceda o prazo de cinco dias ao recorrente para que realize a devida correção.

O poder-dever do relator, como bem salienta Sandro Marcelo Kozikoski<sup>54</sup> e Rodrigo da Cunha Lima Freire<sup>55</sup>, é amplamente sustentado pelo enunciado 82 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais”.

De forma coerente com o princípio da primazia da decisão de mérito, os §§ 1º e 2º do art. 938 do CPC tornam positivado o dever geral de correção de defeitos processuais em tribunal<sup>56</sup>, obrigando o tribunal intimar a parte para que corrija eventual defeito processual sanável e que, após, prossiga no julgamento do recurso.<sup>57</sup>

Salienta-se que o dever geral de prevenção é amplamente aplicável aos defeitos sanáveis<sup>58</sup> e não graves<sup>59</sup>, devendo ser concedida a oportunidade para a correção de vícios como a falta de procuração<sup>60</sup>, falta de assinatura, falta de peça obrigatória (caso do agravo de instrumento) ou, ainda, a dúvida acerca da tempestividade do recurso.<sup>61</sup> Corroborando com este posicionamento, enunciado nº 551 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Cabe ao relator, **antes de não conhecer o recurso** por intempestividade, conceder o prazo de cinco dias úteis **para que o recorrente prove qualquer causa de prorrogação, suspensão ou interrupção do prazo recursal a justificar a tempestividade do recurso** (grifo nosso).

<sup>53</sup> Mencionando constituir o dever geral de prevenção em uma obrigação do relator em intimar a parte e na proibição de inadmitir o recurso sem a prévia intimação: OLIVEIRA, Pedro Miranda. **Novíssimo sistema recursal – conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 86.

<sup>54</sup> KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015 em conformidade com a Lei 13.256/2016**. 1ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016, p. 83.

<sup>55</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Da ordem dos processos nos tribunais**. São Paulo: RT, 2015, p. 2090.

<sup>56</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 50.

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 51.

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 50-51.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda. **Novíssimo sistema recursal – conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 95-96.

<sup>60</sup> Tratando da revogação da Súmula 115 do STJ: OLIVEIRA, Pedro Miranda. **Novíssimo sistema recursal – conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 97-100.

<sup>61</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 54.

Cita-se, a título exemplificativo, como insanáveis, defeitos atinentes à ausência de repercussão geral no recurso extraordinário, a manifesta intempestividade, a ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer e, ainda, a ausência de interesse processual.

Versando sobre a impossibilidade de sanar vícios atinentes à repercussão geral no recurso extraordinário, prevê o enunciado nº 550 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso extraordinário é vício insanável, não se aplicando o dever de prevenção de que trata o parágrafo único do art. 932, sem prejuízo do disposto no art. 1.033”.

Ressalva-se que há, entretanto, prevalência do princípio da primazia da decisão de mérito quando não se exige a alegação da repercussão geral em preliminar ou tópico específico, bastando estar demonstrada de forma fundamentada.<sup>62</sup>

Já nos casos de recursos incabíveis, não será aplicado o dever geral de prevenção, mas verificada a hipótese de aplicação da fungibilidade recursal, reaproveitando ou não o recurso interposto, conforme o caso concreto.<sup>63</sup>

Mesmo observando que a positivação do dever geral de prevenção tem o claro intuito de evitar a inadmissibilidade de recursos por irregularidades formais, sustenta-se que este não possibilita a complementação das razões recursais, tampouco a interposição de pedido recursal não formulado originariamente, o que importaria em fracionamento da demanda, ato contrário ao princípio da boa-fé processual. Trata-se de ponto nebuloso na doutrina. De acordo com a impossibilidade de complementação das razões recursais, Daniel Amorim Assunção Neves<sup>64</sup>. Em sentido diverso, contudo, alegando que a regra não faz distinção sobre a causa ou motivo da irregularidade que pode ser sanada, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery<sup>65</sup>.

Acrescenta-se que o dever de preparo não pode ser superado pelo parágrafo em tela.<sup>66</sup> Isto se deve às regras impostas a tal requisito de admissibilidade, previstas nos §§ 2º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 1.007 do CPC. Assim, deverá ser concedido o prazo de cinco dias ao recorrente,

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda. **Novíssimo sistema recursal – conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 97.

<sup>63</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 54.

<sup>64</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo CPC – inovações, alterações e supressões comentadas**. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 473.

<sup>65</sup> NERY JR, Nelson; NERY, Rosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1853.

<sup>66</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo CPC – inovações, alterações e supressões comentadas**. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 473.

contudo, há uma sanção ao recorrente em caso de inexistência de preparo, devendo realizá-lo em dobro (art. 1.007, § 4º, CPC).

Uma crítica ao legislador faz-se necessária em virtude do que preconiza o art. 1.029, § 3º, CPC: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Quando o legislador utilizou da cláusula geral ao final do dispositivo “desde que não o repute grave”, abriu-se margem para uma gama infundável de interpretações a serem fornecidas pelos magistrados. Convenhamos, deu-se sobrevida à jurisprudência ofensiva. Utilizando de um conceito vago, os tribunais podem entender qualquer vício como grave, mesmo que, na prática, seja absolutamente sanável, haja vista que, por tudo que aqui já fora exposto, o objetivo primordial é eliminar a demanda.

Em decisão proferida sob a égide do Código de Processo Civil revogado, posicionou-se de forma ofensiva o Supremo Tribunal Federal ao não determinar a correção pelo recorrente do vício que ensejou a inadmissibilidade do recurso, mesmo tratando-se de formalidade sanável.<sup>67</sup>

Por fim, reitera-se que o entendimento do NCPD em prol da primazia da decisão de mérito, da instrumentalidade das formas e da desconsideração do vício formal não grave impulsiona o processo em direção a um modelo que prima pela efetividade, celeridade, igualdade na prestação da atividade jurisdicional.

Por tudo que fora dito supra acerca do princípio da primazia da decisão de mérito e do formalismo como mero instrumento para concretização dos atos processuais, é possível inferir que a desconsideração do vício formal não grave, agora positivado pelo diploma processual, na verdade, constitui consequência imediata daquelas premissas, pois este as concretiza.

Com a jurisprudência ofensiva há, indubitavelmente, a mais absoluta inversão de valores quanto ao fim primordial a ser atingido pelo Poder Judiciário. Passou-se a buscar a inadmissibilidade das impugnações como objetivo, tornando a decisão de mérito a *ultima ratio*.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observada a forma indiscriminada com que vem sendo praticada a jurisprudência ofensiva, é forçoso concluir que a celeridade processual foi promovida à categoria de princípio.

<sup>67</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, AR 2.196/SC – AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 23/06/2010, DJe 164 de 03/09/2010.

E mais, está se considerando a celeridade processual como um princípio que deve se sobrepor aos demais, como se o primordial fosse julgar no menor tempo possível. Não parece ser este o propósito do processo. Inclusive, ressalta-se que diversos atos processuais demandam tempo considerável, ampliando o lapso entre a propositura e o trânsito em julgado da ação, tal como o de proporcionar aos jurisdicionados que se manifestem sobre tudo o que será decidido, proporcionando-lhes o poder de influenciar na decisão, a qual nunca poderá ser surpresa.

Nesta toada, priorizando a prestação jurisdicional célere, a primeira medida a ser tomada seria, talvez, a de eliminar o princípio do contraditório, ao menos em seu sentido substancial.

Embora sensível a evolução obtida por meio do NCPD, como a superação da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça ou a positivação da tempestividade do recurso prematuro, a jurisprudência ofensiva ainda se faz presente em larga escala na prática forense, dada a oportunidade desperdiçada pelo legislador de ser mais incisivo em seu combate a tal prática.

Sendo o Direito uma ciência em constantes desconstrução e construção, o Novo Código de Processo Civil, o primeiro da era democrática do Brasil, nos viabiliza alguns instrumentos de combate à jurisprudência ofensiva, mas o embate em prol do respeito aos direitos fundamentais deve ser contínuo e incansável.

## 8 REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). **Estimativa de população**. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/geos/it.html>>. Acesso em 11 jul. 2017.

CIUFFO, Diogo Carneiro. **Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais**. São Paulo: RT, 2008, v. 160.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Entrevista com Giorgio Santacroce**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-27/entrevista-giorgio-santacroce-presidente-corte-cassacao-italia>>. Acesso em 11 jul. 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. Salvador: Jus Podivm, 2016, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tempestividade dos recursos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Da ordem dos processos nos tribunais**. São Paulo: RT, 2015.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. **Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção de população**. <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 11 jul. 2017.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Extemporaneidade de recurso prematuro**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Os recursos no novo CPC e a “Jurisprudência defensiva”**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. **Página do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <<http://www.ministeriopublico.pt/pagina/supremo-tribunal-de-justica>>. Acesso em 11 jul. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Forense, 2012.

NERY, JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC – inovações, alterações e supressões comentadas**. Rio de Janeiro: Método, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

## O INÍCIO DO FIM: A TEORIA DA ACTIO NATA E SEUS DESDOBRAMENTOS SOBRE A CONTAGEM DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

William Nunes Rossato\*

**Palavras-chave:** prescrição; segurança jurídica; actio nata; termo inicial.

**Resumo:** A ideia do presente artigo cinge-se à análise dos desdobramentos da teoria da *actio nata* sobre o instituto da prescrição no direito civil. Busca-se investigar quando se inicia a contagem dos prazos prescricionais – seja em razão de pretensões de cunho meramente compensatório, como nos casos de enriquecimento sem causa; seja em razão de pretensões indenizatórias, oriundas de ilícitos civis ou negociais. Ademais, é justamente em razão da origem e da natureza destas pretensões que a doutrina e os tribunais pátrios vacilam quando da definição de um termo *a quo* para a contagem da prescrição. Ora se aplica a teoria da *actio nata* em seu viés objetivo, ora sob seu viés subjetivo e, ao final, a segurança jurídica objetivada por este instituto se esvai. Por meio de investigação dos discursos doutrinários e jurisprudenciais, procurou-se entender os motivos pelos quais as controvérsias acerca da definição de um termo inicial para a contagem da prescrição ainda persistem, bem como expor a fragilidade ínsita aos discursos que permeiam o tema. Desta forma, a pesquisa realizada possibilitou o alcance de ao menos duas muito evidentes conclusões. A primeira diz respeito a forma com que a teoria da *actio nata* foi importada ao direito brasileiro. Conhecida vulgarmente como teoria da *actio nata* objetiva, nota-se que a teoria elaborada por Friederich Savigny foi, desde a sua recepção em território nacional, muito mal interpretada pelos tribunais e doutrinadores brasileiros. A segunda conclusão encerra-se sobre a tendência dos tribunais em fazer aplicar distintamente a teoria da *actio nata*, a depender da origem da pretensão em vias de prescrição. Dentre os 29 (vinte e nove) julgados investigados, pôde-se observar que a Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça inclinam-se a aplicar a teoria da *actio nata* sob seu viés objetivo sobre as pretensões de origem negocial e a teoria da *actio nata* subjetiva em pretensões de origem aquilina. Com relação às pretensões oriundas de enriquecimento sem causa, todavia, divergem as turmas. E no tocante a *ratio decidendi* ínsitas a estes casos, muitos são os pontos passíveis de discussão.

\* Acadêmico da 9ª fase do curso de graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina ([will.nunes.rossato@gmail.com](mailto:will.nunes.rossato@gmail.com) - <http://lattes.cnpq.br/4883124011883995>)

**Key-words:** prescription; legal certainty; *actio nata*; initial term

**Abstract:** The idea of the present article is restricted to the analysis of the implications of the *actio nata* theory on the prescription institute of the civil law. It is sought to investigate the initial term of the prescriptive deadlines – either for pretensions of merely compensatory nature, as in cases of unjust enrichment; either for indemnification claims, arising from civil or business illicit acts. Moreover, it is precisely because of the origin and nature of these claims that the doctrine and the domestic courts hesitates when defining a term for the counting of the prescription. Sometimes, the theory of *actio nata* is applied in its objective bias, in others under its subjective bias, and, in the end, the legal certainty objectified by this institute vanishes. By investigating the doctrinal and jurisprudential discourses, it was tried to understand the reasons why the controversies about the definition of an initial term for the counting of the prescription still persist, as well as to expose the intrinsic fragility to the discourses that permeate the subject. In this way, the research made possible the attainment of at least two very evident conclusions. The first concerns the way in which the *actio nata* theory was imported into Brazilian law. Commonly known as the theory of objective *actio nata*, it is noted that the theory elaborated by Friederich Savigny was, from its reception in national territory, very badly interpreted by the Brazilian courts and doctrinaires. The second conclusion is restricted to the tendencies of the courts to apply the *actio nata* theory differently, depending on the origin of the pretension by way of limitation. Among the 29 (twenty nine) judgments investigated, it could be observed that the Third and Fourth Classes of the Superior Court of Justice are inclined to apply the theory of *actio nata* under its objective bias on the pretensions of negotiation origin and the theory of *Actio nata* subjective in pretensions of aquiline origin. With regard to claims arising from unjust enrichment, however, the classes differ. And with regard to the *ratio decidendi* in these cases, many are the points that can be discussed.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito não socorre aos que dormem. Se a prescrição se apresenta como uma sanção àqueles que negligenciam o exercício de um direito prestacional no tempo adequado, este instituto serve também – e antes de mais nada – à estabilização e a segurança das relações jurídicas.

Como fato jurídico *stricto sensu*, a prescrição se afigura como uma limitação temporal estabelecida frente a inatividade prolongada de determinada faculdade jurídica – a qual, por sua vez, provoca uma legítima expectativa de direito frente a uma coletividade indeterminada. Desta forma, com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica, pode-se afirmar, seguramente, que a prescrição serve a concretizar esta expectativa de direito – esta situação fática que perdura – de forma a não perpetuar a incerteza de certas faculdades jurídicas indeterminadamente.

Em verdade, não fosse a existência deste instituto, a estabilidade de toda e qualquer relação obrigacional se encontraria comprometida.

Sem a prescrição, o devedor que cumpre adequadamente os seus débitos jamais estaria seguro contra a repetição de cobrança de débitos já satisfeitos. Em razão da deterioração, ou da destruição voluntária do comprovante do respectivo pagamento, a prova da liberação obrigacional se encontraria comprometida, motivo pelo qual o devedor não encontraria defesa contra eventual cobrança feita em dobro<sup>1</sup>. Desta forma, caso não se permitisse a estabilização das relações jurídicas pelo tempo, o devedor se veria obrigado a acondicionar, impecavelmente, todos os comprovantes de pagamento das obrigações que assumiu ao longo de sua vida – o que, por óbvio transpassaria os limites do razoável<sup>2</sup>.

Sob outra óptica, a prescrição pode ser compreendida como o resultado do conflito de dois interesses juridicamente tutelados: de um lado, teríamos a justiça dos pronunciamentos judiciais, e a repressão oposta contra todos aqueles atos tidos como antijurídicos; doutro a segurança das relações juridicamente constituídas pelo tempo, ainda que através da estabilização de ilícitos. Neste sentido, Aureliano Guimarães, citado por Ary de Azevedo Franco, assim lecionava (1956, p. 16-17):

Ora, assentar-se que a base dos institutos jurídicos reside no interesse geral – organização, conservação e aperfeiçoamento da sociedade – não significa, é certo, que toda a prescrição é justa, equitativa, representa uma conquista de puro direito. Os homens fazem a lei e a lei nem sempre representa a solução científica e melhor das necessidades por ela visadas. As próprias sentenças, ao declararem o direito debatido, nem sempre são felizes. Mas entre o mal resultante de uma prescrição que proteja o contrário ao direito e o mal maior

<sup>1</sup>“Nous avons ajouté que, sans la prescription, le débiteur qui a payé ne serait jamais sûr de ne pas être obligé de payer de nouveau. En effet, la perte de la quittance ou la destruction volontaire de cette quittance après un certain laps de temps peut mettre le débiteur dans l'impossibilité d'établir sa libération à l'encontre du créancier qui vient demander un nouveau paiement. Ici encore la prescription viendra fort à propos en aidant le débiteur : elle suppléera au titre qui lui fait défaut” (BAUDRY-LACANTINIERER; TISSIER, 1895, p.21).

<sup>2</sup>“Os institutos jurídicos da prescrição e da decadência são fundamentais em qualquer sistema jurídico, na medida em que evitam, por exemplo, a obrigação de guarda, por tempo indefinido, de grande quantidade de documentos, e limitam o período de tempo a ser considerado quando da análise dos requisitos de validade na celebração de um negócio jurídico. Enfim, trata-se de instrumentos fundamentais para assegurar a tranquilidade na ordem jurídica, pois *dormientibus non succurrit jus*, isto é, o direito não socorre os que dormem” (JÚNIOR, 2009, p.462).

da não-existência das prescrições; entre o mal de uma sentença que não atribua o direito àquele que o não tinha e o mal muito maior da insegurança e do desrespeito à ordem geral e à sociedade, não há a escolher: deverá sempre prevalecer o interesse geral. Encarada por esta face, perde a questão toda a sua nebulosidade; e, se em alguns casos, a prescrição conduz resultados que não seriam de se desejar, na grande maioria presta os relevantes serviços a que foi chamada a prestar à sociedade, à sua estabilidade e harmonia.

Isso porque, vulgarmente, a prescrição presta a estabilização dos efeitos decorrentes de atos antijurídicos que se perpetuam no tempo. Decorre, pois, da inércia dos titulares de uma pretensão reparatória em se verem indenizados pelos ilícitos civis e contratuais que os prejudicaram.

## 2 O INÍCIO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Conforme o enunciado no artigo 189 do Código Civil de 2002, a prescrição gera a extinção da pretensão, que nasce com a violação de um direito. Dito isto, observa-se que as pretensões não põem fim, propriamente, ao direito material que procuram tutelar, mas somente a sua exigibilidade junto ao poder judiciário. Toma-se como exemplo o credor de dívida prescrita que tem seu crédito satisfeito voluntariamente pelo devedor. Nos termos do artigo 882 do Código Civil de 2002<sup>3</sup>, ao se proceder o pagamento de dívida já prescrita, o devedor não poderá exigir posteriormente repetição de indébito, visto que a prescrição torna os direitos de crédito inexigíveis judicialmente, mas não inexistentes<sup>4</sup>.

Por outro lado, numa leitura apressada do referido dispositivo, tende-se a concluir que, em regra, o prazo prescricional para o ajuizamento da pretensão reparatória se iniciaria simultaneamente com a ocorrência do ilícito. E de fato, esta interpretação se subsume à boa parte das pretensões reparatórias existentes no ordenamento civil brasileiro. Em relação à responsabilidade civil aquiliana, o critério adotado abarca satisfatoriamente considerável parcela de suas hipóteses de aplicação – tendo em vista que o nascimento da obrigação exsurge simultaneamente à violação de um direito absoluto. O mesmo ocorre com a violação de uma

<sup>3</sup> Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

<sup>4</sup> Exemplificativamente, colhem-se os seguintes acórdãos: TJSP, 6ª C. de D. Privado, AC 01088079820068260004, rel: Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. em 14/05/2005; TRT4, 10ª VT de POA, AP 00606002420005040010, rel: Lucia Ehrenbrink, j. em 16/06/2013.

obrigação de não fazer, em que, descumprida a obrigação, a pretensão reparatória nasceria imediatamente. Todavia, ocorre que nem sempre pretensão, prescrição e violações de direito são fenômenos jurídicos temporalmente indissociáveis.

Primeiramente, porque se entende por pretensão o direito subjetivo outorgado a alguém para que exija doutrem uma prestação negativa ou positiva<sup>5</sup>. Da leitura deste conceito, não há referência à violação de um direito como condição para o nascimento da pretensão, mas a mera exigibilidade da obrigação para a sua configuração. Por isto, diversas obrigações deixaram de ser contempladas pelo prazo prescricional enunciado no artigo 189 do Código Civil de 2002.

Toma-se como exemplo as hipóteses de dívidas quesíveis, cujas datas para o seu adimplemento se encontram fixadas, ou não, no instrumento do contrato. No primeiro caso, em que pese a pretensão surja no dia fixado para o adimplemento da obrigação, só haverá violação de direitos (inadimplência) se, interpelado para cumprir a obrigação, o devedor não o fizer no tempo oportuno. No segundo, a pretensão existe desde a celebração do contrato, podendo o devedor ser notificado para cumprir a obrigação a qualquer tempo, indiferentemente da ocorrência de violação de direito, nos termos do artigo 331 do Código Civil de 2002<sup>6</sup>. Em ambos os casos, não há violação se o credor não for buscar o valor. Atenta-se, pois, que, nos dois casos supramencionados, a pretensão, a obrigação e a violação do direito ocorrem em três momentos distintos: (i) a pretensão autoral se manifesta simultaneamente a celebração do contrato, ou conforme o termo inicial fixado em contrato; (ii) a obrigação do devedor só exsurge quando do recebimento da notificação para o cumprimento do débito e, por fim; (iii) dá-se a violação do direito, quando o devedor não satisfaz a obrigação no tempo oportunizado pelo credor em notificação.

O mesmo sucede com as pretensões oriundas de enriquecimento sem causa. Não há violação de direito, por exemplo, quando o devedor inadvertidamente promove pagamento indevido a terceiro alheio ao negócio jurídico celebrado<sup>7</sup>. Na realidade, em algumas hipóteses de enriquecimento sem causa, nem mesmo o dano é verificado. O condômino que tem sua garagem tomada por um vizinho não percebe prejuízo patrimonial algum, caso não possua automóvel ou não dê qualquer destinação útil a este imóvel. Contudo, destaca-se que, no caso em comento, não se encontra aquele descoberto pelo direito. Em razão dos lucros que deixou

<sup>5</sup> “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. Não tenho direito nem pretensão no tocante ao devedor de A; mas A a tem, salvo se sua posição subjetiva de credor está mutilada, de modo a se tratar de direito sem pretensão” (MIRANDA, 2013, p.533)

<sup>6</sup> Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente.

<sup>7</sup> Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

de auferir com o aluguel da garagem, exsurge ao condômino uma pretensão, cujo prazo prescricional se inicia a partir do conhecimento de que seu vizinho tomou sua garagem gratuitamente, ou da tomada propriamente dita, a depender do entendimento do órgão julgador<sup>8</sup>. Procura-se assegurar, assim, “a devolução ao patrimônio do credor daqueles ganhos que outrem (o devedor) tenha conseguido à custa de bens ou até da pessoa (direitos da personalidade do credor)” (NORONHA, 2010, p.441).

Observa-se, por conseguinte, que: (i) “no plano lógico, a pretensão é pelo menos imediatamente anterior à sua violação (ou à violação do direito), pois, enquanto não há pretensão, não há obrigação (stricto sensu) no polo passivo e, enquanto não há obrigação, não há violação (resistência à pretensão)”<sup>9</sup>; (ii) nem sempre as pretensões vêm acompanhadas de uma violação de direitos. Ademais, não foi por outro motivo que o Conselho da Justiça Federal, na I<sup>a</sup> Jornada de Direito Civil, concluiu por aprovar o enunciado de n. 14, que assim dispõe:

1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

Em segundo lugar, porquanto o disposto no artigo 189 do Código Civil não menciona ao certo quando se dá o início dos prazos prescricionais. Através de uma leitura mais atenta do supramencionado artigo, verifica-se que este se limita a atestar os efeitos que decorrem da prescrição – a extinção de pretensões “nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Tanto pior, verifica-se que o artigo 205 do Código Civil não serve a fixar um termo inicial para a contagem dos prazos prescricionais, “enquanto o art. 206 o faz em raríssimas situações e, em sua maioria, nas hipóteses referentes ao direito empresarial, e não civil” (SIMÃO, 2013, p. 208). Na realidade, o Código Civil de 2002 limita-se a determinar o termo *a quo* para a contagem da prescrição nas hipóteses enunciadas nos incisos II, IV e V, do § 1º, no § 2º, nos incisos VI, VII e VIII do § 3º, no § 4º, e no inciso II do § 5º do artigo 206<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Conforme se estudará mais adiante, não há consenso na jurisdição brasileira quanto a definição do termo *a quo* para a contagem da prescrição de pretensões oriundas de enriquecimento sem causa.

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaonenunciadosaprovados1-3-4jornadadireivilnum.pdf/view>. Acesso em 29/11/2016.

<sup>10</sup> Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão; IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da

Melhor sorte assiste, todavia, às pretensões decorrentes de fato do produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor. Nestas, a contagem da prescrição se inicia a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, conforme expressamente disposto em seu artigo 27.

Isso posto, ante ao silêncio perpetrado pelo nosso ordenamento face ao início dos prazos prescricionais – salvo as disposições insertas no Código de Defesa do Consumidor, e outras timidamente esparsas ao longo do Código Civil de 2002 – os doutrinadores e tribunais pátrios adotaram teorias próprias para o preenchimento desta lacuna legal. Entre os diversos entendimentos, 2 (dois) em particulares, de matizes diametralmente opostas, destacam-se. O primeiro, notadamente alicerçado sobre a conservação da segurança jurídica, de viés objetivo, desenvolveu-se por Savigny a partir de seus estudos em direito romano (SIMÃO, 2013, p. 204). Trata-se da teoria da *actio nata* clássica ou objetiva, cuja contagem os prazos prescricionais se iniciam, regra geral, com o nascimento da ação. O segundo entendimento, em contrapartida, desenvolveu-se sobre um viés mais subjetivista, como forma de sanear as injustiças provocadas em razão de uma aplicação distorcida da teoria da *actio nata* objetiva. Trata-se, pois, da teoria da *actio nata* subjetiva, em que o termo inicial da prescrição se conta a partir do conhecimento da violação, coincidindo ou não com o nascimento da ação.

## 2.1 A teoria da *actio nata* clássica: sobre os ensinamentos de Savigny

Para os defensores da teoria da *actio nata* clássica, o fim precípua dos prazos prescricionais se encerra na conservação da segurança jurídica<sup>11</sup>. Ao pôr fim às ações que perdurariam indeterminadamente no tempo, a prescrição garante a pacificação da ordem social, porquanto seja esta impossível numa ordem jurídica instável e de segurança duvidosa. Isso

publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo; V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade. § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. § 3º Em três anos: VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição; VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento; c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação; VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial; § 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas. § 5º Em cinco anos: II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato.

<sup>11</sup> “La prescription des actions a pour but, en contribuant à une bonne et prompte justice, de faire cesser l’incertitude du droit” (SAVIGNY, 1845, p. 397).

posto, a fim de se preservar a ordem jurídica estabelecida, a fixação do prazo inicial para a contagem da prescrição deve se dar da forma mais precisa, célere, e objetiva possível.

Neste contexto, facilmente se percebe que determinar o conhecimento dos danos sofridos pela vítima como ponto de partida para a contagem dos prazos prescricionais mostrar-se atentatório à própria finalidade pretendida pelo instituto<sup>12</sup>. Primeiramente, por ser este um prazo fluante e incerto, tendo em vista que a vítima pode tanto reconhecer o dano de imediato, quanto muitos anos após a realização do evento danoso. Em segundo lugar, porque, em diversas hipóteses, tal medida favoreceria a vítima negligente que não busca velar cuidadosamente pelos próprios direitos.

Nestes termos, numa tradução livre, Savigny (1845, p. 397) elucida que:

A primeira condição de uma possível prescrição coincide com seu ponto de partida. Enquanto não existir um direito de ação [pretensão], não se pode descuidar de exercê-lo, nem o perder por negligência. Para que uma prescrição se inicie, faz-se necessário, então, uma *actio nata*. Todo direito de ação tem duas condições: primeiro, um direito sério, atual e suscetível de ser levado em juízo; sem isso, não há prescrição possível. Logo, se uma obrigação estiver limitada por uma condição ou prazo, a prescrição somente se inicia quando a condição for cumprida ou o prazo expirado. Faz-se necessário, portanto, uma violação do direito, o qual determine a ação do titular. Tudo se reduz, pois, a bem caracterizar essa violação do direito, que é a condição da ação.<sup>13</sup>

Dito isto, conclui-se em síntese que, para a teoria da *actio nata* em sua concepção clássica, a contagem dos prazos prescricionais se inicia, regra geral, quando do surgimento da ação, independentemente da ciência que a vítima tem da violação de seu direito<sup>14</sup>. Todavia, cumpre observar que a teoria da *actio nata* elucidada comporta exceções, de modo que o conhecimento do dano ou de sua autoria podem vir a ser relevantes para a fixação do termo

<sup>12</sup> “Placer comme point de départ du délai la connaissance du demandeur, ce serait aller contre ce but, car personne n'ai intérêt à avenir le demandeur” (Id. Ibid., 1845, p. 397); “A lesão dá origem a uma nova ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, concorre para criar aquele estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura evitar” (AMORIM FILHO, 1960, p. 19).

<sup>13</sup> “La première condition d'une prescription possible coincide avec la détermination de son point de départ. Tant qu'un droit d'action n'existe pas, on ne saurait négliger de l'exercer, ni le perdre par négligence. Pour qu'une prescription commence, il faut donc une *actio nata*. Tout droit d'action a deux conditions: d'abord un droit sérieux, actuel et susceptible d'être réclaté en justice; sans cela, pas de prescription possible. Si donc une obligation est limitée par une condition ou par un délai expire – il faut ensuite une violation du droit, qui détermine l'action du titulaire. Tout se réduit donc à bien caractériser cette violation du droit qui est la condition de l'action” (Id. Ibid., p. 287-288).

<sup>14</sup> “La prescription des actions commence, en général, du moment où l'action est ouverte, sans égard à la connaissance que le demandeur peut avoir de son droit” (SAVIGNY, 1845, p. 410).

inicial da prescrição, notadamente nas ações anuais sujeitas a *tempus utile* em que estes conhecimentos sejam tão difíceis que beirem o impossível<sup>15</sup>.

Nestes casos, há que se reconhecer este estado de ignorância como inevitável, de forma que a contagem do prazo prescricional se inicia com o conhecimento do evento danoso ou de sua autoria<sup>16</sup>. Mais que isso, independentemente da ciência de violação e da autoria do dano, para a teoria da *actio nata* clássica, não se pode permitir o transcurso do prazo prescricional face a uma impossibilidade real e considerável ao exercício da ação, pois haveria aí um verdadeiro impedimento ao transcurso do *tempus utile*. Por este motivo, e exemplificativamente, mesmo que se possa identificar a integralidade do dano e sua autoria, entende-se que a prescrição não tem início até que se possa efetivamente citar o agente, seja por se encontrar foragido, seja por se encontrar em domicílio desconhecido<sup>17</sup>.

### 2.1.1 O TEMPUS UTILE E SUA CORRESPONDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: BRÉVISSIMAS CONSIDERAÇÕES

A compreensão acerca do termo *tempus utile* transpassa a ideia de tempo útil (dias uteis) adotada para a contagem dos prazos processuais em nosso ordenamento. Em verdade, para se calcular o *tempus utile*, contam-se somente os dias em que o reclamante poderia intentar verdadeiramente sua ação, dilatando sensivelmente o prazo para realização de semelhante ato (SAVIGNY, 1845, p. 388). Desconsideram-se, pois, quando do curso prazo prescricional, os dias em que o reclamante se encontre absolutamente impossibilitado de promover a ação – seja em razão de doença incapacitante ou fenômenos da natureza extraordinários, seja em do desconhecimento absoluto e escusável do fato gerador da ação pela vítima, por exemplo.

Atenta-se, que este instituo não busca subordinar propriamente a existência, o nascimento da ação ou da pretensão que lhe é correlata. As ações e pretensões continuam a surgir assim que violado um direito ou atestada a sua exigibilidade em termo oportuno. A *actio nata*, como o próprio termo sugere, continua a nascer como reflexo obrigacional de um ilícito contratual ou civil. Todavia, o curso da prescrição permanece obstado enquanto o reclamante

<sup>15</sup> “Ce principe souffre exception pour les actions annuelles, pourvu néanmoins que, d'après les circonstances, le demandeur établisse que son erreur était invincible” (SAVIGNY, 1845, p. 410).

<sup>16</sup> “Pour les actions avec utile *tempus*, on doit, au contraire, établir que l'ignorance était impossible à éviter” (Id. Ibid., p. 399).

<sup>17</sup> “Au reste, tout ce que je viens de dire s'applique uniquement aux cas où l'erreur seule empêche l'exercice de l'action; mais si le défendeur est inconnu ou qu'on ne puisse l'attaquer parce qu'il s'est enfui ou qu'il se cache, alors il y a une impossibilité réelle indépendante de l'erreur, et qui empêche absolument l'utile *tempus* de courir.” (Id. Ibid., p. 403).

não puder exercer adequadamente sua pretensão, tal qual ocorre com as hipóteses de suspensão e impedimento dos prazos prescricionais, discriminadas ao longo dos artigos 197, 198 e 199, o Código Civil de 2002.

Não obstante, cumpre observar que estes três institutos não se confundem<sup>18</sup> e que nosso ordenamento privado não acolheu o instituto do *tempus utile* em suas disposições. Realizadas estas brevíssimas considerações, para melhor referência, passa-se, pois, a discorrer sobre a importação da teoria da *actio nata* à jurisdição brasileira, notadamente em razão de suas modificações e adequações à realidade jurídica e social de nosso país.

## 2.2 A teoria da *actio nata* à brasileira: a importação e modificação da doutrina à realidade nacional

Em território nacional, a teoria importada por Agnelo Amorim Filho<sup>19</sup> e Antônio Luis da Câmara Leal<sup>20</sup> precisou sofrer algumas modificações, a fim adequá-la ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, conforme o estudado anteriormente, o Código Civil de 2002 determina o início dos prazos prescricionais quando do surgimento da pretensão, não da ação que lhe presta correspondência. Assim, a fim de harmonizar a teoria da *actio nata clássica* à realidade brasileira, basta entender por “pretensão” onde se lê “ação”, nas lições do digníssimo jurista alemão. Esta modificação, ainda que simplória, permite a superação de boa parte das inconsistências e incompatibilidades manifestadas entre a teoria clássica e a realidade do ordenamento brasileiro.

<sup>18</sup> Ao passo que as hipóteses de impedimento e suspensão são enunciadas restritivamente em nosso ordenamento (numerus clausus), a aplicação do *tempus utile* não encontrou semelhante restrição junto ao direito romano, em que pese o instituto nunca tenha sido trabalhado em termos gerais por aquele ordenamento.

<sup>19</sup> “A lesão dá origem a uma nova ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, concorre para criar aquele estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura evitar” (AMORIM FILHO, 1960, p.19.)

<sup>20</sup> “Enquanto o direito tem uma existência normal, sendo por todos respeitado, e cumpridas as obrigações a que corresponde, ele, por si, prove a sua conservação, bastando-se para si mesmo. Mas, no momento em que sofre alguma perturbação, ou pelo desrespeito, por parte dos que tinham a obrigação geral de respeitá-lo, ou pelo não cumprimento das obrigações correlativas, por parte dos que a ela estavam diretamente vinculados, ele já não pode, por si, prover sua conservação, já não se basta a si mesmo, e necessita de um meio de proteção que lhe assegure e defenda. Esse meio protetor é a intervenção do poder público, pelos seus órgãos judiciários, mediante o exercício da ação promovida pelo titular. Tendo por fim proteger e garantir o direito, a ação tem uma individualidade própria, distinta do direito, em benefício do qual exerce atividade, e, por isso, diferentes são as suas origens. É assim que o direito nasce do fato que o gera, *ius oritur ex facto*; e a ação da violação por ele sofrida.” (CÂMARA LEAL, 1978, p. 21).

Hodiernamente – ressalvadas as particularidades de cada autor – percebe-se uma “forte tendência doutrinária a se definir o início do prazo prescricional com a noção de *actio nata*, desenvolvida por Savigny a partir do direito romano” (SIMÃO, 2013, p.204), em solo brasileiro<sup>21</sup>. Todavia, a defesa doutrinária da *actio nata* em sua feição subjetiva é uma realidade que persiste, de modo que não se pode fechar os olhos as suas contribuições no mundo do direito.

Em suma, diferentemente do que ocorre com a versão clássica, cujo fim precípua se encerra sobre a conservação da segurança jurídica, a teoria da *actio nata* “subjetiva” volta sua atenção muito mais aos ideais de justiça, o qual busca realizar. Assim posto, a teoria da *actio nata* “subjetiva” privilegia a ciência do dano, sua extensão e autoria, ao evento danoso propriamente dito quando da contagem dos prazos prescricionais<sup>22</sup>. O nascimento da pretensão e o seu conhecimento não necessariamente coincidem, de forma que o prazo prescricional pode vir a se iniciar muito tempo depois a ocorrência do evento danoso, ou do fato gerador da pretensão, qualquer que seja. “A rigor, portanto, a prescrição inicia-se na data em que o interessado pode, sem embaraço, manifestar a pretensão em juízo” (PEREIRA, 2016, p. 581). Observa-se, pois, que a exceção da teoria da *actio nata* clássica, aqui torna-se regra<sup>23</sup>.

Por outro lado, de modo diverso do que ocorre com a doutrina, verifica-se que as turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça demonstram uma crescente simpatia quando duma aplicação mais subjetiva da teoria da *actio nata* em razão de pretensões de origem aquiliana.

Dos 29 (vinte e nove) acórdãos recolhidos através da palavra chave “*actio nata*”, entre 01/01/2014 e 10/01/2017<sup>24</sup>, nota-se que estas turmas tendem a discriminar o termo *a quo* para

<sup>21</sup> Acompanham este entendimento, por exemplo: Nelson Nery Jr. (NERY JÚNIOR; NERY, 2014, p. 572.), Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2016, p. 524) e Paulo Lobo (LOBO, 2015, p.331);

<sup>22</sup> “Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, a um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular”. (CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 798)

<sup>23</sup> Cumpre observar, que a demora no reconhecimento do dano e sua extensão não justificam eventual negligência daqueles que buscam afastar a aplicação da *actio nata objetiva* – tanto é verdade que, em casos de danos notórios, a vítima não se encontra a salvo dos efeitos da prescrição/decadência (STJ, 4ª T., Ag 1334648/MT, rel.: Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 02/12/2013). A demora no ajuizamento da ação se justifica em razão da imprevisibilidade do dano, seja porque somente possa ser atestado por profissional qualificado, seja porque sua existência ou extensão só possam ser observados tempos depois do evento que lhe dera causa (STJ, 3ª T., AREsp 235825/SP, rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 18/11/2013; STJ, 2ª T., AgRg no REsp 655.759/SP, rel.: Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 23/06/2009).

<sup>24</sup> Descartaram-se os julgados repetidos, bem como aqueles cujo objeto da pretensão não se enquadrava em numa das três espécies supramencionadas, como o REsp 1297425/MT, haja vista que: “pedido formulado na presente ação não pode ser analisado do ponto de vista da responsabilidade civil geral, porque o suposto ato ilícito seria o ajuizamento de uma ação possessória. Como cediço, o direito de ação é assegurado a todos e não pode ser tido como ato ilícito. A questão se resolverá no acolhimento ou rejeição da pretensão, inclusive, se for o caso, com análise do atuar com boa ou má-fé e eventuais consequências” (STJ, 3ª T., REsp 1297425/MT, rel.: Ministro João Otávio de Noronha, j. em 24/02/2015)

a contagem da prescrição conforme a origem da pretensão ajuizada. Se decorrente de ilícitos contratuais<sup>25</sup>, determina-se o surgimento da pretensão como termo inicial para a contagem da prescrição; se tiver origem aquiliana<sup>26</sup>, a prescrição passa a correr quando do conhecimento da violação perpetrada, e, por fim; se oriunda de enriquecimento sem causa<sup>27</sup>, as turmas divergem de entendimento.

<sup>25</sup> STJ, 4ª T., **REsp 805151/SP**, rel.: Ministro Antônio Carlos Ferreira, j. em 12/08/2014; STJ, 3ª T., **REsp 1419386**, rel.: Ministra Nancy Andrichi, julgado 18/10/2016; STJ, 4ª T., **AgRg no AREsp 338201/PR**, rel.: Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. em 16/09/2014; STJ, 3ª T., **REsp 1453410/RS**, rel.: Ministro Moura Ribeiro, j. em 14/10/2014; STJ, 3ª T., **REsp 1504969/SP**, rel.: Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva, j. em 10/03/2015; STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 667205/RS**, rel.: Ministro Moura Ribeiro, j. em 15/09/2015; STJ, 3ª T., **REsp 1525732/RS**, rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 06/10/2015; STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 740588/SP**, rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 27/10/2015; STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 615735/RS**, rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 17/11/2015; STJ, 3ª T., **REsp 1565847/PA**, rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 23/01/2016; STJ, 3ª T., **AgRg nos EDcl no REsp 1413595/RS**, rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 10/05/2016; STJ, 3ª T., **AgInt no AREsp 891505/RS**, rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 04/08/2016; STJ, 3ª T., **AgInt no REsp 1501191/RJ**, rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 18/08/2016; STJ, 3ª T., **AgInt no REsp 1398691/RS**, rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 27/09/2016; STJ, 4ª T., **AgInt no REsp 1150102/PR**, rel.: Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. em 29/09/2016.

<sup>26</sup> STJ, 3ª T., **REsp 1393699/PR**, rel.: Ministra Nancy Andrichi, j. em 19/11/2013; STJ, 3ª T., **REsp 1282969/SC**, rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21/08/2014; STJ, 3ª T., **REsp 1263528/SC**, j. em 21/08/2014; STJ, 4ª T., **REsp 1354348/RS**, rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 26/08/2014; STJ, 3ª T., **REsp 1347715/RJ**, rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 25/11/2014; STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 602851/SC**, rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 16/12/2014; STJ, 4ª T., **AgRg no AREsp 696269/SP**, rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 09/06/2015; STJ, 4ª T., **AgRg no AREsp 633623/SP**, rel.: Ministro Raul Araújo, j. em 18/08/2015; STJ, 4ª T., **AgRg no REsp 1324764/PB**, rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 15/10/2015; STJ, 3ª T., **AgRg no AgRg no AREsp 411291/MG**, rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 04/02/2016; STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 707342/MG**, rel.: Ministro João Otávio de Noronha, j. em 04/02/2016; STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 731525/RS**, rel.: Ministro Moura Ribeiro, j. em 23/06/2016.

<sup>27</sup> Em igual período, a terceira turma entendeu que a prescrição se iniciaria com conhecimento da violação perpetrada, enquanto a quarta turma adotou o surgimento da pretensão como termo a quo para a contagem da prescrição (STJ, 4ª T., **REsp 1334442/RS**, rel.: Ministro Raul Araújo, j. em 07/06/2016; STJ, 3ª T., **AgInt no AREsp 876731/DF**, rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 15/09/2016).

| Pretensões de origem negocial       |                |                         |             |           |
|-------------------------------------|----------------|-------------------------|-------------|-----------|
| Termo a quo                         | Turma          | Período Analisado       | Ocorrências | Subtotais |
| Conhecimento da violação perpetrada | Terceira Turma | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 0           | 2         |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 1           |           |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 0           |           |
|                                     | Quarta Turma   | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 0           |           |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 0           |           |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 1           |           |
| Surgimento da Pretensão             | Terceira Turma | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 2           | 14        |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 4           |           |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 6           |           |
|                                     | Quarta Turma   | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 2           |           |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 0           |           |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 0           |           |
| <b>TOTAL</b>                        |                |                         |             | <b>16</b> |

| Pretensões de origem aquiliana      |                |                         |             |                 |
|-------------------------------------|----------------|-------------------------|-------------|-----------------|
| Termo a quo                         | Turma          | Período Analisado       | Ocorrências | Subtotais       |
| Conhecimento da violação perpetrada | Terceira Turma | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 3           | 10              |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 0           |                 |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 3           |                 |
|                                     | Quarta Turma   | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 1           |                 |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 3           |                 |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 0           |                 |
| Surgimento da Pretensão             | Terceira Turma | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 1           | 1 <sup>28</sup> |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 0           |                 |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 0           |                 |
|                                     | Quarta Turma   | 01/01/2014 a 01/01/2015 | 0           |                 |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2016 | 0           |                 |
|                                     |                | 01/01/2015 a 01/01/2017 | 0           |                 |
| <b>TOTAL</b>                        |                |                         |             | <b>11</b>       |

<sup>28</sup> Aqui faz-se nota acerca do objeto do acórdão de divergência. Trata-se de ação de compensação por danos morais, ajuizada por Rodolfo Aurélio Trassi, em face da Mitra Diocesana de Umuarama – ora representada pelo Padre José Dantas de Souza – e de José Cipriano da Silva. No caso em comento, em razão da tipicidade do ilícito perpetrado contra o autor, preferiu este aguardar sua apuração no juízo criminal para, só então, promover a ação indenizatória correspondente, nos termos do artigo 200 do Código Civil de 2002. Irresignadas com o resultado do julgado, que as condenou ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) à título de indenização, as rés, valendo-se da teoria da *actio nata*, alegam a prescrição da pretensão do autor-recorrido, “porquanto desde a ocorrência do crime são conhecidos o fato e a sua autoria, fazendo-se desnecessário aguardar o julgamento definitivo da ação penal em curso”. Todavia, o STJ entendeu que “conquanto a ação de conhecimento possa ser ajuizada a partir do momento em que nasce o direito de ação, o prazo em curso da prescrição da pretensão reparatória se suspende no momento em que o mesmo fato é apurado na esfera criminal, passando o ofendido a ter também a faculdade de executar ou liquidar a sentença penal transitada em julgado”, motivo pelo qual se negou provimento ao recurso (STJ, 3ª T., **REsp 1393699/PR**, rel.: Ministra Nancy Andrichi, j. em 19/11/2013).

| Pretensões oriundas de enriquecimento sem causa |                |             |
|---|----------------|-------------|
| Termo <i>a quo</i>                              | Turma          | Ocorrências |
| Conhecimento da violação perpetrada             | Terceira Turma | 1           |
|   | Quarta Turma   | 0           |
| Surgimento da Pretensão                         | Terceira Turma | 0           |
|   | Quarta Turma   | 1           |
| <b>TOTAL</b>                                    |                | <b>2</b>    |

A *ratio decidendi* adotada pelas turmas se justifica mediante as causas que encerram estas mesmas pretensões. As circunstâncias negociais insertas na declaração de vontade expedida pelas partes negociantes denunciam seu interesse na conclusão e cumprimento do pactuado<sup>29</sup>, o que não ocorre com a responsabilidade extracontratual, cujo objeto se restringe a reparação de um dano<sup>30</sup>. Na responsabilidade negocial, as partes, as obrigações e as consequências do inadimplemento são previamente conhecidas pelos litigantes. Na responsabilidade aquiliana, regra geral, não se verifica semelhante visibilidade quando da perpetração do ilícito, mormente em tempos atuais de danos múltiplos, cuja autoria, extensão e existência só são conhecidos com o passar do tempo. Neste sentido, ao menos 21 (vinte e um) acórdãos, colhidos entre 01/01/2014 e 01/01/2017, e 2 (dois) entendimentos sumulados pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup>, corroboram as exposições feitas acima.

<sup>29</sup> “Na hipótese de inadimplemento da obrigação contratual, a lei presume que o credor terá a diligência de cuidar de seu maior interesse: o adimplemento contratual” (SIMÃO, 2013, p. 212).

<sup>30</sup> “[Na hipótese de responsabilidade aquiliana], a vítima não pode ser punida, como se negligente fosse, se sequer tinha ciência do dano sofrido” (Id. Ibid., p. 213).

<sup>31</sup> Súmula 278: O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

### 3 CRÍTICAS

Pelos mesmos motivos que orientam os entendimentos da corte da cidadania e de parcela da doutrina pátria, reconhece-se as eventuais assimetrias a que teoria da *actio nata clássica* possa vir a dar azo. Todavia, há que se atentar que o critério escolhido pelas cortes superiores para determinar o início da contagem dos prazos prescricionais – diferenciando-os conforme a natureza da pretensão exercida e garantindo um maior protagonismo à teoria da *actio nata subjetiva* – podem conduzir a resultados demais atentatórios a toda ordem jurídica.

Ao se elevar os pressupostos da teoria subjetiva às suas máximas com relação a pretensões de origem aquiliana, os níveis de insegurança jurídica alcançados podem colocar em risco a própria justiça que se intenta preservar. Isso porque, ao se generalizar a contagem dos prazos ao conhecimento da violação do direito, os casos mais simplórios de prescrição – aqueles em que os danos poderiam ser facilmente verificados por um sujeito minimamente diligente – poderiam se estender indeterminadamente no tempo, impondo ao autor do dano, um ônus absolutamente imensurável. A resolução atribuída às ações indenizatórias decorrente de seguro DPVAT, em que se condicionou a contagem da prescrição ao atestado de invalidez permanente, bem denuncia isso.

Adotando-se este entendimento, ainda que a vítima de um acidente automobilístico perceba, empiricamente, a redução de sua capacidade laborativa – bem com toda sorte de danos decorrentes do sinistro – a contagem da prescrição não se inicia antes de serem estes atestados por profissional qualificado. Nestes casos, segundo o entendimento sedimentado nas turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça, a permanente invalidez se apresenta como uma espécie de dano “qualificado”, o qual só pode ser certificado por meio de perícia médica. Ocorre, contudo, que em diversos casos, estas perícias só vêm a serem realizadas muitos anos após o sinistro, o que contraria a experiência de uma pessoa diligente<sup>32</sup>. Afinal, é de se esperar que a vítima de um acidente automobilístico se dirija imediatamente ao médico para certificar seu atual estado de saúde – ainda mais em caso de sinistros cuja gravidade ameaçam sua própria capacidade laborativa.

Súmula 573: Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução.

<sup>32</sup> STJ, 3ª T., **AgRg no AREsp 749992/RS**, rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 06/12/2016; STJ, 2ª S., **REsp 1388030/MG**, rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 11/06/2014; STJ, Decisão Monocrática, **Resp 1322977/SP**, rel.: Ministro João Otávio de Noronha, j. em 28/04/2015.

De modo muito semelhante, nas pretensões decorrentes de vícios de solidez e segurança, também se observa uma espécie de assenhoração do tempo em benefício e razão do dono da obra. Tal qual ocorre nas ações indenizatórias decorrentes de seguro DPVAT, o termo inicial para a contagem dos prazos prescricionais também depende de laudo técnico que sirva a apurar a extensão e qualidade destes vícios construtivos<sup>33</sup>, de modo que, diversas vezes, a pretensão do dono da obra se estende, temporalmente, para muito além dos limites pré-determinados em lei. Tanto pior, observa-se que, num ou noutro caso, a aplicação da dita *teoria actio nata subjetiva* acaba por tornar imprescritível o exercício de pretensões manifestamente prescritíveis.

A medida que se entende que a prescrição se inicia com o conhecimento do dano, o qual, por sua vez, se atesta por meio de perícia técnica, a justiça outorgou às vítimas destes eventos danosos o arbítrio de determinar o termo inicial para a contagem dos prazos prescricionais. Nada impede que a vítima de um acidente automobilístico, ainda que em mãos de laudo médico que indique sua patologia incapacitante, descarte o referido atestado, e tempos depois, a fim de reavivar sua pretensão, produza novo documento clínico sem o conhecimento do réu. Ainda, que não se possa presumir a má-fé dos litigantes em nosso ordenamento jurídico, é evidente que se imputa ao réu destas ações uma prova diabólica, haja vista ser impossível demonstrar o ardil da vítima que oculta laudo médico mais antigo. Ao requerido restaria investigar os registros clínicos de todos os potenciais médicos que a vítima veio a consultar desde a ocorrência do acidente, na diminuta esperança de produzir alguma prova contra seu rival.

Nos casos de vícios construtivos esta situação acaba por ser sensivelmente agravada em razão dos desastres de ordem pública a que podem dar azo. Basta imaginar uma falha construtiva inofensiva à segurança e solidez da obra, que, com passar dos anos – e o desconhecimento negligente ou ardiloso de seu dono –, toma medidas catastróficas, colocando em risco não só a construção, mas a vida de todos que habitam ou circundam o edificado. Nestes casos, não só a prova do conhecimento anterior dos vícios resta prejudicada, como os prejuízos suportados pelo empreiteiro podem ser sensivelmente agravados em razão da inércia da vítima em se buscar indenizar no momento oportuno. Em verdade, em semelhante hipótese, a aplicação

<sup>33</sup> Exemplificativamente: STJ, 4ª T., **AgRg no Ag 1366111/MG**. Rel: Luis Felipe Salomão, j. em 06/09/2012; TJSC, 6ª CDC., **AR 2010.063689-9**. Rel: Jaime Luiz Vicari, j. em 18/10/2012; TJSC, 4ª CDC., **AC 2008.057306-4**. Rel: Luiz Fernando Boller, j. em 07/03/2013; TJSC, 3ª CDC., **AC 2012.055146-3**. Rel: Fernando Carioni, j. em 25/09/2012.

irrefletida da dita *teoria da actio nata subjetiva* não só põe fim a qualquer resquício de segurança jurídica esperada por meio da prescrição, como fulmina por completo a justiça igualmente pretendida por este instituto.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que os ideais de justiça presentes na teoria da *actio nata* “subjetiva” não são estranhos à teoria da *actio nata* clássica. Conforme se atentou anteriormente, a teoria da *actio nata* “objetiva” comporta exceções ao início da contagem dos prazos, de forma que em diversas oportunidades o conhecimento do dano é tomado em consideração para este fim. Os danos cuja autoria se tenha dificuldade em precisar, ou que, excepcionalmente, não se possam conhecer de plano, não se encontram descobertos pela teoria dita “objetiva”, de modo que a teoria desenvolvida por Savigny parece conciliar muito bem estes dois valores jurídicos aparentemente inconciliáveis: a segurança jurídica e a justiça.

Por outro lado, em que pese se reconheça os esforços e as razões dos tribunais pátrios em fazer diferenciar, conforme a natureza da pretensão perseguida pela vítima, o início da contagem dos prazos prescricionais, não se entende que seja esta a solução mais adequada. Conforme o atentado no item 3 deste trabalho, a reprodução irrefletida de semelhantes entendimentos, à medida que superam algumas “assimetrias” provocadas pela teoria da *actio nata clássica*, acabam por ensejar tantas outras e insuperáveis desconformidades.

Isso posto, acredita-se que a melhor alternativa para a contagem do início dos prazos se encontre na teoria da *actio nata* desenvolvida por Savigny, desde que respeitados seus pressupostos, suas exceções, e suas modificações face ao direito brasileiro. Regra geral, os prazos prescricionais se iniciam quando do surgimento de sua pretensão correlata; todavia, quando o conhecimento da pretensão ou o exercício da ação correspondente se encontrarem sensivelmente dificultados ou impossibilitados por fatores extraordinários, admite-se a contagem dos prazos a partir do conhecimento do dano, ou quando afastados os óbices.

#### 5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 876731 / DF**. AGRAVANTE :MARILZA BRAGA CHAVES. AGRAVADO :WALTER VIEIRA CHAVES. Rel.: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. TERCEIRA TURMA, 15/09/2016.

\_\_\_\_. **AgInt no AREsp 891505 / RS.** Agravante: METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDÊNCIA PRIVADA AS. Agravado: SAMUEL DA TRINDADE. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Terceira Turma, julgado em 04/08/2016.

\_\_\_\_. **AgInt no REsp 1150102 / PR.** Agravante: MARCOS LEO DE ALBUQUERQUE VELLOZO - ESPÓLIO. AGRAVADO : SABRINA PERETTI GURTENSTEN E OUTRO. Rel.: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. Quarta Turma, julgado em 29/09/2016.

\_\_\_\_. **AgInt no REsp 1398691 / RS.** Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Agravado: Jocinei Paitech. Rel.: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 27/09/2016.

\_\_\_\_. **AgInt no REsp 1501191 / RJ.** Agravante: HIRON FERNANDES DE RESENDE. Agravado: PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. Rel.: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Terceira Turma, julgado em 18/08/2016.

\_\_\_\_. **AgRg no Ag 1366111 / MG.** Agravante: ANDARES ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA. Agravado: CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO ANTARES. Rel: LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2012

\_\_\_\_. **AgRg no AgRg no AREsp 411291 / MG.** Agravante: MARIA AMÉLIA DE ANDRADE FORTINI TOSCANO. Agravado: CLAUDIO FERREIRA COTTA. Rel.: Ministro Paulo de Tarson Sanseverino. Terceira Turma, julgado em 04/02/2016.

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 338201 / PR.** Agravante: CCP XXI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A. Agravado: SELVINO KALFELS - MICROEMPRESA. Rel.: Ministro Antonio Carlos Ferreira

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 602851 / SC.** Agravante: ADOLFO MS CONSULTORIA EMPRESARIAL SOCIEDADE CIVIL. Agravado: CERÂMICA URUSSANGA S/A - CEUSA. Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, julgado em 16/12/2014.

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 615735 / RS.** Agravantes: Maria Teresa Brunelli e Maria Lucia Brunelli. Agravado: Paulo Barcelos - Espólio. Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, julgado em 17/11/2015.

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 633623 / SP.** Agravante: RAÍZEN ENERGIA S/A. Agravado: FRANCIS ROBERTO DINAMARCO SMITH. Rel.: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma, julgado em 18/08/2015.

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 667205 / RS.** Agravante: JÚLIO CÉSAR MARTINS DA SILVA. Agravado: Banco do Brasil S/A. Rel.: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 15/09/2015.

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 696269 / SP.** Agravante: COOPERATIVA CENTRAL DE LATICÍNIOS DE RIBEIRAO PRETO COOCELARP. Agravado: CASA DE CARNES

BRAGAIA LTDA. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 09/06/2015."

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 707342 / MG.** Agravante: Viação Arcos Ltda - ME. Agravado: Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A. Rel.: Ministro João Otávio de Noronha. Terceira Turma, julgado em 04/02/2016

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 731525 / RS.** AGRAVANTE : MARIA DE LOURDES FULBER. AGRAVADO : OI S.A. Rel.: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 23/06/2016.

\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 740588 / SP.** AGRAVANTE: ITAU UNIBANCO S/A. AGRAVADO: JOSILDO ISIDIO DE MELO. Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, julgado 27/10/2015.

\_\_\_\_. **AgRg no REsp 1324764 / PB.** Agravante: ITAU UNIBANCO S/A. Agravado: AILTON QUEIROZ DE FARIAS. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 15/10/2015

\_\_\_\_. **AgRg nos EDcl no REsp 1413595 / RS.** Agravante: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS. Agravado: SUT-SISTEMA URGENTE DE TRANSPORTE LTDA. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 10/05/2016.

\_\_\_\_. **REsp 1263528 / SC.** Recorrente: COMPANHIA HERING. Recorrido: Lojas Hering S.A. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

\_\_\_\_. **REsp 1282969 / SC.** Recorrentes: PARJOM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA., LIMITED MALHAS LTDA, COMPANHIA HERING, Lojas Hering S.A.. Recorridos: PARJOM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA., LIMITED MALHAS LTDA, COMPANHIA HERING, Lojas Hering S.A. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

\_\_\_\_. **REsp 1297425 / MT.** Recorrente: CIMENTO PORTLAND MATO GROSSO S/A. Recorrido: AURELINA LOURENÇO VIDEIRA. Rel.: Ministro João Otávio de Noronha. Terceira Turma, julgado em 24/02/2015.

\_\_\_\_. **REsp 1334442 / RS.** Recorrente: BANCO DO BRASIL S/A. Recorrida: LÚCIA HELENA LEÃES VARGAS. Rel.: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma, julgado em 07/06/2016.

\_\_\_\_. **REsp 1347715 / RJ.** Recorrente: André Luiz Souto Albuquerque. Recorrido: Cláudio Antônio Mattos de Souza. Rel.: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma, julgado em 25/11/2014.

\_\_\_\_. **REsp 1354348 / RS.** Recorrente: AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A E

OUTRO. Recorrido: Paulo Rodrigues de Mello. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 26/08/2014."

\_\_\_\_\_. **REsp 1393699 / PR.** Recorrente: MITRA DIOCESANA DE UMUARAMA. Recorrido: RODOLFO AURÉLIO TRASSI. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Quarta Turma, julgado em 19/11/2013.

\_\_\_\_\_. **REsp 1419386/PR.** Recorrente: Ipiranga Produtos de Petróleo S/A. Recorrido: Carmela Maria Vieira Pedalino Pinheiro e Outros. Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado 18/10/2016.

\_\_\_\_\_. **REsp 1453410 / RS.** Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Augustinho Smaniotto. Rel.: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 14/10/2014.

\_\_\_\_\_. **REsp 1504969 / SP.** Recorrente: GEORGE BYKOFF. Recorrido: João Baptista Monteiro. Rel.: Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 10/03/2015.

\_\_\_\_\_. **REsp 1525732 / RS.** Recorrente: VALMIR TARCISO PIZZUTTI. Recorrido: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 06/10/2015. "

\_\_\_\_\_. **REsp 1565847 / PA.** Recorrente: HOSPITAL CELINA GONÇALVES S/A. Recorrido: Marlon Lopes Pidde. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 23/01/2016.

\_\_\_\_\_. **REsp 805151 / SP.** Recorrente: José Carlos Barbuio. Recorrido: CALENDÁRIO SERVIÇOS E ABASTECIMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA. Rel.: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma, julgado em 12/08/2014.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. **Da prescrição e da decadência.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: AZEVEDO, Noé; COSTA, Philomeno J. da; MALHEIROS, Lauro; TRAVASSOS, Nelson Palma (ORG). **Revistas dos Tribunais**, vol. 300, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado:** eficácia jurídica, direitos e ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013, v. 5.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Código Civil Comentado.** 11ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2014.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições de direito civil:** teoria geral de direito civil. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

RIO GRANDE DO SUL. TRT4, 10ª VT de POA, **AP 00606002420005040010**, rel: Lucia Ehrenbrink, j. em 16/06/2013.

SÃO PAULO. TJSP, 6ª C. de D. Privado, **AC 01088079820068260004**, rel: Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. em 14/05/2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC 2008.057306-4.** Apelante: Prisma Engenharia S/A. Apelado: Condomínio do Edifício Tocantins. Rel: Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, julgado em 07/03/2013.

\_\_\_\_\_. **AC 2012.055146-3.** Apelante: Condomínio Araras. Apelado: Valdir Püschel, Amazilda Bozzano e Paulo Roberto Salles de Oliveira. Rel: Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, julgado em 25/09/2012

\_\_\_\_\_. **AR 2010.063689-9.** Agravante: Condomínio Residencial Joana do Mar. Agravado: Pecon Construtora e Incorporadora Ltda. Rel: Jaime Luiz Vicari, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 18/10/2012.

SAVIGNY, Friederich Carl. **Traité de Droit Romain:** Tome III. Traduzido do alemão por M. Ch. Guenoué. Paris: Firmin Didot Frères, 1845.

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e Decadência: início dos prazos.** São Paulo: ATLAS, 2013.

## O INSTITUTO JURÍDICO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA E SEU CARÁTER INTERDISCIPLINAR

### THE LEGAL INSTITUTE OF GEOGRAPHICAL INDICATION AND ITS INTERDISCIPLINARY CHARACTER

*Danilo Ferreira Almeida Farias\**  
*André Carvalho Monteiro Nunes\*\**  
*André de Almeida Rego\*\*\**

**Palavras-Chave:** interdisciplinaridade; indicação geográfica; certificação de produtos; tecnologia social.

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo geral: I) abordar as nuances da característica interdisciplinar do instituto jurídico da Indicação Geográfica; e objetivos específicos I) discorrer sobre o a Indicação Geográfica como Instituto Jurídico do ramo do Direito de Propriedade Intelectual; e por fim II) apontar o caráter interdisciplinar do instituto jurídico da Indicação Geográfica. A presente pesquisa foi desenvolvida baseada na literatura especializada tanto no campo da interdisciplinaridade como no campo da ciência jurídica no tocante o instituto jurídico da Indicação Geográfica. Em vários aspectos se discutem o Instituto da

\* Membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos em Direitos Difusos e Coletivos, Relações Socioambientais e Educação para a Cidadania (UFSC); Pesquisador de Iniciação Científica do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de Teixeira de Freitas, Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras de Teixeira de Freitas. Graduando do Bacharelado Interdisciplinar em Artes pela Universidade Federal do Sul da Bahia, IHAC-Instituto de Humanidade Artes e Ciências, Campus Paulo Freire; foi estagiário no Projeto de Iniciação Científica Júnior "Abra os Olhos Para Ciência" na *Conservation International*. É membro dos Grupos de Pesquisa Práticas e Representações Culturais em um Lugar no Mundo (UFSC). <[olinad0612@hotmail.com](mailto:olinad0612@hotmail.com)>. Cel- (073) 99156-1852. Currículo Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8191402H2>>.

\*\* Acadêmico da Universidade Federal do Sul da Bahia do curso de bacharelado interdisciplinar em humanidades, bolsista de extensão, no Projeto e no Programa Contemplados no âmbito do PROEXT 2016 MEC/SEU: Arte, história e língua maxakali-pataxó: educação pública intercultural e integral na região Sul da Bahia. <[andrecarvalho.monteiro@hotmail.com](mailto:andrecarvalho.monteiro@hotmail.com)>. Cel- (77) 991264576. Currículo Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8453650H6>>.

\*\*\* Doutor em História Social pela Universidade Federal da Bahia, mestre em História Social pela UFBA, Graduado em Licenciatura em História pela Universidade Católica de Salvador-UCSAL. Tem como principal tema de pesquisa História Indígena, o qual foi objeto de estudo do seu mestrado e doutorado. Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Sul da Bahia, atuando no curso de humanidades, lotado no Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Paulo Freire, na cidade de Teixeira de Freitas, Bahia. <[almeida\\_rego@yahoo.com.br](mailto:almeida_rego@yahoo.com.br)>. Cel - (71) 996541108. Currículo Lattes: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4254627T3>>.

Indicação Geográfica, mas ainda de forma embrionária a respeito de suas características interdisciplinares, o que leva a comunidade acadêmica a desconhecer, e tomando como base essa proposição e os novos paradigmas da ciência que leva em conta a interdisciplinaridade e da ciência jurídica moderna, questiona-se se é possível entender as Indicações Geográficas ligando-se a aspectos baseados nas disposições legais e nas referências atinentes como instituto jurídico interdisciplinar? A partir da revisão bibliográfica apuramos e destacamos pontos que caracterizam que a interdisciplinaridade está contida no Instituto Jurídico da Indicação Geográfica. Verificou-se que as exigências legais frente à certificação de produtos e seu processo administrativo para a ocorrência do instituto mencionado contêm caráter interdisciplinar e Inter profissional. Para a certificação de um produto pela Indicação Geográfica inúmeros temas como história, valores culturais, condições ambientais e aspectos peculiares do produto são levados em consideração. E como benefício o instituto proporciona fortalecimento de uma economia local e regional, preservação da cultura e crescimento do desenvolvimento humano. Atrela-se ao instituto jurídico a uma essencialidade interdisciplinar por toda a sua dinâmica legal e, por conseguinte sua repercussão social. Portanto podendo ser considerado um instituto jurídico associado a uma tecnologia social por causar a partir da lógica jurídica transformação socioeconômica, cultural, ambiental, além de valorizar bens materiais e imateriais, agregar valor aos produtos, potencializar o turismo, gerar renda a comunidades tradicionais e proporcionar a certa região desenvolvimento regional.

**Keywords:** interdisciplinarity; Geographical indication; Product certification; Social technology.

**Abstract:** This work has as general objective: I) to address the nuances of the interdisciplinarity characteristic of the legal institute of the Geographical Indication; And specific objectives I) discuss the Geographical Indication as a Legal Institute of the branch of Intellectual Property Law; And finally II) to point out the interdisciplinarity character of the legal institute of the Geographical Indication. The present research was developed based on specialized literature in the field of interdisciplinarity as well as in the field of legal science in relation to the legal institute of Geographical Indication. In several aspects the Institute of Geographical Indication is discussed, but still in an embryonic way regarding its interdisciplinarity characteristics, which leads the academic community to ignore, and based on this proposition and the new paradigms of science that takes into account interdisciplinarity And modern legal science, one questions whether it is possible to understand the Geographical Indications by linking to aspects based on the legal dispositions and the pertinent references as an interdisciplinarity legal institute? From

the bibliographical review we find and highlight points that characterize that the interdisciplinarity is contained in the Legal Institute of the Geographical Indication. It was verified that the legal requirements regarding the certification of products and their administrative process for the occurrence of the mentioned institute contain interdisciplinary and interprofessional character. For the certification of a product by Geographical Indication countless topics such as history, cultural values, environmental conditions and peculiar aspects of the product are taken into consideration. And as a benefit the institute provides strengthening of a local and regional economy, preservation of culture and growth of human development. The legal institute attaches itself to an interdisciplinary essentiality for all its legal dynamics and, consequently, its social repercussion. Therefore, it can be considered as a legal institute associated to a social technology, because of its socio-economic, cultural and environmental transformation, besides valuing material and immaterial goods, adding value to products, boosting tourism, generating income for traditional communities and providing Regional development.

## 1 Introdução

O presente artigo analisa os modelos de análises e de compreensão de assuntos complexos partindo da perspectiva das modelagens da interdisciplinaridade, as formas que a mesma se conceitua e permite conceituar, como surge, de que forma atua e quais suas funções no trânsito entre os campos dos saberes. Divisora de opiniões, a interdisciplinaridade permanece atuante nas esferas da educação reclamando para si cada vez mais uma autonomia analítica e conceitual como as demais áreas tradicionais da ciência que já possuem aval dos demais campos dos saberes para atuar sem muitos impedimentos.

Neste trabalho apresenta-se um estudo sobre a característica interdisciplinar do Instituto Jurídico da Indicação Geográfica, pois para além do caráter conceitual que este artigo traz sobre a interdisciplinaridade ele aborda de forma clara e prática como se dá essa interdisciplinaridade no campo supracitado.

A pertinência para a proposição desta pesquisa encontra necessidade no desconhecimento da comunidade acadêmica, pois, inúmeros são os fluxos de estudos sobre o

as indicações geográficas, mas pouco se depreende sobre o traço interdisciplinar do instituto jurídico.

A partir dessa premissa surge a indagação da possibilidade de existir peculiaridades interdisciplinares dentro da legislação associada e da literatura especializada sobre o instituto Jurídico da Geográfica.

Para tanto, esse artigo foi desenvolvido baseando-se na literatura especializada tanto no campo da interdisciplinaridade como nos campos das ciências jurídicas no tocante o instituto jurídico da Indicação Geográfica. A partir da revisão bibliográfica apuramos e destacamos os principais pontos que acreditamos ser pertinentes à discussão que o tema pretende adotar, fazendo-o de maneira objetiva e clara.

Tem-se como objetivo geral, abordar as nuances da característica interdisciplinar do instituto jurídico da Indicação Geográfica e objetivos específicos, discorrer sobre o a Indicação Geográfica como Instituto Jurídico do ramo do Direito de Propriedade Intelectual; e por fim, apontar o caráter interdisciplinar do instituto jurídico da Indicação Geográfica.

## 2 Conceito e história da interdisciplinaridade

Antes de discutir os conceitos e a história da formação da interdisciplinaridade é *mister* fomentar um breve olhar para a questão clássica das disciplinas e seu papel no meio científico, como se organiza e de que forma compreende a complexidade que se coloca em posições multilaterais. Essa complexidade existente na era contemporânea surge após um início de reconfiguração do plano global que se estabelece após o fim da segunda guerra mundial na década de 1940, assim, as disciplinas emergem dos mais diversos campos científicos de forma analítica para oferecer respostas às novas formas organizacionais da sociedade e dos aspectos que reclamam uma compreensão endossada pela ciência.

Entretanto, as disciplinas em perspectiva analítica se colocam de forma segmentada e fragmentada em relação ao que se entende por um projeto de análises profundas e minuciosas. Interpretar as complexidades emergentes se tornou uma árdua tarefa para as disciplinas, já que não poderia ser-lhes outorgado o título de análises globais e multilaterais, ora que seus estudos estavam e ainda estão se colocando no campo científico de forma cada vez mais hiperespecializada. Dessa forma, as disciplinas surgem como canais de segmentação e separação por classes dos saberes, é a forma organizacional e de ordenação dos conhecimentos.

A organização disciplinar foi instituída no século XIX, notadamente com a formação das universidades modernas; desenvolveu-se, depois, no século XX,

com o impulso dado à pesquisa científica; isto significa que as disciplinas têm uma história: nascimento, institucionalização, evolução, esgotamento, etc; essa história está inscrita na da Universidade, que, por sua vez, está inscrita na história da sociedade; (MORIN, 2002, p. 105).

Dessa maneira a abordagem adotada para a interpretação das questões que a era moderna e a contemporaneidade nos apresentou, se torna ineficaz e bastante precária, usando as modelagens disciplinares de estudo de casos, pois não exercem relações com o todo nem dá brechas para análises que apresentem correlação com o que está sendo analisado. As disciplinas dificultam cada vez mais a adoção de um olhar holístico para a compreensão das demandas conceituais e práticas que se apresentam cada vez mais ligadas a diversos fatores que apenas um campo da ciência não seria capaz de compreender de maneira satisfatória.

Segundo Minayo (2010, p. 438) a interdisciplinaridade é um advento da década de 1970 e 1980 na era moderna, entretanto ela já era pensada desde a Grécia antiga – não de forma como é conceituada hoje, mas de maneira análoga – com a construção da Biblioteca de Alexandria que por sua vez possuía o maior aparado bibliográfico do planeta. Os pensadores gregos entendiam que a construção do conhecimento deveria fazer trânsito direto entre diversas áreas do conhecimento para que se constituísse de forma plena e cada vez mais dialógica entre as áreas do conhecimento. Entretanto, com o fortalecimento das disciplinas a partir do século XIX a dialogicidade que se pretendia conservar foi sendo substituída pela fragmentação e segmentação do conhecimento.

As áreas científicas reclamavam para si cada vez autonomia investigativa e compreensiva dos assuntos que pretendiam analisar, tornando a interdisciplinaridade cada vez mais ofuscada nas ciências.

O pensamento teórico moderno passou a valorizar a compartimentalização da Ciência, com o argumento de que é impossível estudar um tema da realidade em sua totalidade e não existe nenhuma ciência capaz de dar conta do todo. (MINAYO, 2010, p. 438).

De nenhuma forma faz-se aqui uma crítica às disciplinas em si e suas formas analíticas e práticas de atuação na ciência, menos ainda tenta-se diminuir a importância das mesmas para a constituição e conceituação dos assuntos que emergem na contemporaneidade, mas as ressalvas se direcionam às modelagens adotadas na atuação e aplicação do conhecimento no que concerne à investigação científica.

A interdisciplinaridade como um movimento contemporâneo que emerge na perspectiva da dialogicidade e da integração das ciências e do conhecimento,

vem buscando romper com o caráter de hiperespecialização e com a fragmentação dos saberes. (THIESEN, 2008, p. 546).

A interdisciplinaridade não reclama para si um caráter disciplinar, mas um cruzamento das áreas do conhecimento que garanta como resultado final a polissemia e a interpretação global e holística que será um dos pontos nodais das buscas científicas por resoluções de casos, utilizando para isso o cruzamento das ciências.

A interdisciplinaridade surge então como aquela que trará inovação ao meio científico através das vastas possibilidades de fusão das ciências que almeja o progresso científico e o amparo melhor elaborado de temas e questões contemporâneas. Segundo Thiesen (2008, p. 548) “o que se propõe é uma profunda revisão de pensamento, que deve caminhar no sentido da intensificação do diálogo, das trocas, da integração conceitual e metodológica nos diferentes campos do saber”.

Mas para fins de compreensão conceitual do que seja a interdisciplinaridade não podemos nos valer de definições fechadas, pois isso é uma característica prevalente das disciplinas tradicionais, que por sua vez não abrem espaço para possíveis agregações de conceitos complementares provenientes de outras áreas do conhecimento.

[...] na medida em que não existe uma definição única possível para esse conceito, senão muitas, tantas quantas sejam as experiências interdisciplinares em curso no campo do conhecimento, entendemos que se deva evitar procurar definições abstratas de interdisciplinaridade. Os conhecimentos disciplinares são paradigmáticos (no sentido de Kuhn, 1989), mas não são assim os interdisciplinares. Portanto, a história da interdisciplinaridade confunde-se com a dinâmica viva do conhecimento. O mesmo não pode ser dito da história das disciplinas, que congelam de forma paradigmática o conhecimento alcançado em determinado momento histórico, defendendo-se de qualquer abordagem alternativa numa guerra de trincheiras. (THIESEN, 2008, p. 547).

A interdisciplinaridade pode ser entendida como um campo em formação e não segmentado, sem o caráter unívoco das disciplinas. Todavia, apesar de não ser possível nem recomendável o fechamento do plano conceitual da interdisciplinaridade, ela se situa num espaço bem definido no que compete a sua atuação no campo científico. A ocupação desse espaço no campo dos conhecimentos é o de interlocutora entre as ciências, é como um corpo intercambiável que se apresenta como receptor da variedade de conhecimentos existentes e como ferramenta responsável pela dialogicidade entre as áreas de saber. Portanto, para Thiesen (2008, p. 548) “mais do que identificar um conceito para interdisciplinaridade, o que os autores buscam é encontrar seu sentido epistemológico, seu papel e suas implicações sobre o processo do conhecer”.

### 2.1 Interdisciplinaridade e pesquisa: triangulação do conhecimento como uma necessidade de aprofundamento

Pensar a produção científica através do intercâmbio entre as áreas dos saberes é pensar que ele pode se constituir de maneira global, aquele que abrange diversas interpretações através da união das ciências que podem exercer cooperação nos estudos de casos que se apresentam e se mostram em meio à necessidade de ser visto não apenas por uma epistemologia.

Nos sugere Minayo (2010) que pensar assuntos complexos e decretar resultados finais através de uma única base de dados analíticos já se tornou, há bastante tempo, um método insuficiente e que deve ser evitado, pois podemos correr o risco de graves equívocos por negligenciar o contato com outras áreas que poderia oferecer um *know how* a mais para a certificação científica de um determinado produto, ocorrência ou fenômeno social que a ciência pretenda investigar.

Pensar a triangulação do conhecimento na era moderna é reconhecer fielmente que as complexidades contemporâneas se estruturam de maneira cada vez mais concreta e que o aparato de investigação científica existente há algum tempo se tornou ineficaz nos modos de compreensão dos fenômenos.

Ao levantar a palavra *método* em meio a essa discussão não posso deixar de citar um dos mais notáveis autores que elabora com destreza uma crítica contra o método científico e como a ciência se perpetuou ao longo da sua formação. Esse debate incide nas questões da disciplinaridade, pois os métodos científicos são partes fundamentais nos argumentos da ala que defende as interpretações e investigações científicas através de uma única área do conhecimento. Assim, Paul Feyerabend (1975) afirma que a ciência só alcançou tamanho êxito por ter tido colaboração multilateral entre as áreas do conhecimento, sendo uma contradição com a própria história da ciência a defesa da segmentação do conhecimento.

É quase que uma obrigatoriedade que provem da necessidade do nosso tempo, considerar que a abrangência interdisciplinar não pode deixar de fazer parte das ciências e que devemos cada vez mais nos atentar para uma revolução científica que afete os métodos hegemônicos pré-existentes e que tentam ainda com uma resistência descomunal perpetua-se como âncoras das suas respectivas áreas.

Para concluir esse breve comentário no qual não é a intenção externar aqui uma análise prolongada, ve-se o pensamento de Gauer (2013, p. 537) “A abertura ao diálogo, a quebra de barreira entre os diversos campos do saber deveria pautar o papel das universidades no mundo atual”, nota-se que para a revolução da universidade e das ciências será necessário um diálogo que se firme nas bases da disciplinaridade como forma de apresentação de um novo conceito de se fazer ciência utilizando seus métodos, mas abrindo caminho para outras áreas colaboradoras no mesmo assunto. A desconstrução da hegemonia metodológica estrutural prevalente nas áreas segmentadas da ciência, seguido do olhar apurado da melhoria na qualidade científica passa a se configurar como um convite para que as áreas do saber se abram a novas possibilidades de aprofundamento crítico dos assuntos que a modernidade apresenta de forma latente como chamados para os fatores inerentes à evolução humana.

### 2.2 O papel da interdisciplinaridade na era contemporânea

A contemporaneidade surge como uma avalanche de questões que se localizam numa seara um tanto densa e nebulosa. Após a segunda guerra mundial o mundo tende a se reconfigurar em aspectos que tangem a vida como um todo, é nesse contexto que exprimo aqui um impulso da interdisciplinaridade na segunda metade do século XX que surge como ferramenta que tende a agregar funções que contemplem as complexidades existentes à época e que se mantêm de forma estrutural até hoje.

Questionar essas estruturas através de um olhar sensível às partes que as integram é saber a importância que deve ser direcionada aos fatores sociais, econômicos e culturais que juntos formam conceitos que abrangem uma grande parte do tecido social que, por sua vez, é afetado pelas novas tecnologias, pelos novos acontecimentos e pelas novas necessidades desenvolvidas pela sociedade. Fenômenos como guerras civis, fome, pobreza, exploração da mão de obra, baixos índices de desenvolvimento humano, etc., são passíveis de análises aprofundadas e com a presença da interdisciplinaridade para que se chegue a um ponto cada vez mais exato e mais próximo da verdade. Não é objetivo chegar à verdade absoluta, nem mesmo se configurar como totalizadora da razão, mas sim mostrar pontos convergentes de interpretações que apontam para o mesmo denominador comum.

Os assuntos complexos sempre existiram e nos cercam mesmo desde os primórdios, não é apenas um advento da nossa época, mas o que se leva em consideração é a capacidade de

lançar olhar e decifrar essas complexidades, as novas tecnologias e as formas inovadoras que temos de fazer a leitura desses processos que se desenrolam de forma cada vez mais rápida.

No fundo, trata-se de reinventar uma reordenação intelectual que permita reescrever a complexidade e não eliminá-la em favor de uma verdade absolutizada. Faz-se imperativo não negar que vivemos hoje num mundo marcado pela inovação. (GAUER, 2013, p. 542).

Portanto, não podemos abrir mão da interdisciplinaridade como máquina locomotora dos pensamentos e assuntos complexos, como aquela que ajuda a fazer a leitura e dá uma roupagem mais refinada e global para o que se está em análise. Detentora de uma notória capacidade interpretativa e analítica, a interdisciplinaridade ainda enfrenta resistências estruturais das áreas da ciência que sempre foram operacionalizadas de forma segmentada e que por isso ainda reclamam para si a autonomia de ler o mundo complexo apenas a partir da sua ótica. Entretanto, engana-se quem pensa que a interdisciplinaridade pretende se perpetuar como *modus operandi* no campo científico, pois não é característica interdisciplinar deter uma metodologia solidificada, assim poderia facilmente se confundir com os segmentos tradicionais do campo científico.

A interdisciplinaridade ainda é uma forma um tanto indefinida no que tange aos seus métodos de análise, como bem coloca Ruth Gauer, não sabemos bem o que é a interdisciplinaridade e nem como ela é operada, ela se faz pela necessidade que se tem do seu uso, mas não existe um método ou uma maneira de operar a interdisciplinaridade. Ela é uma descoberta constante, como o trânsito por múltiplas vias que nos levam a caminhos e visões distintas a todo momento, que nos proporciona a polissemia que nos permite observar múltiplas formas do mesmo ponto.

### 3. Instituto jurídico da indicação geográfica e suas relações interdisciplinares.

#### 3.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO SOBRE A INDICAÇÃO GEOGRÁFICA.

A indicação geográfica por sua vez é um assunto dentro do ramo do Direito Intelectual pouco estudado e apresenta característica interdisciplinar, adentrando em diversos ramos do direito e de outras áreas como economia, sociologia, antropologia, meio ambiente, ecologia e outros.

O Panorama legal das Indicações Geográficas conta com uma legislação de influência Internacional, e estes reflexos do Direito Comparado incidem no plano interno da legislação brasileira, em que se criaram instrumentos legais para regulação da Indicação Geográfica no Brasil e percebe-se dentro dessa sistematização de normas uma harmonização entre os corpos jurídicos que regulam o instituto da IG-Indicação Geográfica. (RODEGHERO, et.al, 2012)

No plano internacional temos o Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS) de 1994. No plano interno a legislação brasileira conta com a Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996, que de acordo com o artigo 1º regula direito e obrigações relativas à propriedade industrial. E por fim tem-se a Instrução Normativa nº 25/2013 do INPI- Instituto Nacional de Propriedade Industrial, que estabelece as condições para o Registro das Indicações Geográficas, conforme artigo 182, paragrafo único da Lei supramencionada.

Na Lei n. 9.279/96 o instituto da IG se encontra positivado nos 176 a 182, sem mencionar outros dispositivos que são atinentes à repressão às falsas IG's. O artigo 176 prevê que as IG's serão constituídas na modalidade de indicação de procedência e indicação de origem.

O artigo 177 define a indicação de procedência como: “o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço”.

O artigo 178 define a modalidade de denominação de origem como: “o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos”.

A instrução Normativa do INPI define a IG, no artigo 2º, e §§ 1º e 2º, reproduzindo a mesma definição encontrada na Lei de Propriedade Industrial. As Indicações Geográficas são formas específicas de proteger produtos imateriais e intangíveis, tem com finalidade principal, diferenciar a área ou o serviço de onde o produto provém e o seu modo de fazer, bem como da área de onde está localizada (NASCIMENTO, et. al., 2012).

O conceito de Indicação Geográfica reside em afirmar que este é um instituto jurídico da área de Propriedade Intelectual que tutela produtos na seara comercial, designando a eles uma diferença dos demais produtos abertos ao mercado com uma certificação própria, chancelada por uma Autarquia Federal com competência para tanto, levando em considerações

fatores intrínsecos e extrínsecos relacionados ao produto e requisitos específicos para a concessão da certificação.

Para a implementação de uma principal política pública envolvendo as IGs, tem-se o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que fornece incentivos financeiros a identificação de produtos que apresentam requisitos necessários para registro junto ao INPI, que é o responsável pelo estudo de relevância do produto (MAPA, 2010). De acordo com o MAPA:

Existem, também, outros programas de políticas públicas ou iniciativas convergentes apoiadas por outros ministérios: o registro de certos produtos nos livros do Patrimônio Imaterial, as políticas e programas do Ministério do Meio Ambiente (MMA) a agroecologia, o movimento Slow Food, o apoio à comercialização dos produtos da agricultura familiar, coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA).

Dentro desse quadro de políticas públicas muitos órgãos governamentais envolvidos com a indicação geográfica fizeram com que esta política se tornasse efetiva para o governo, dentro dessas estruturas públicas tem-se Coordenação de Incentivo à Indicação Geográfica de Produtos Agropecuários (CIG), Departamento de Propriedade Intelectual e Tecnologia da Agropecuária (DEPTA), da Secretaria de Desenvolvimento Agropecuário e Cooperativismo (SDC), no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). (RODEGHERO, et.al, 2012).

### 3.2 Indicação geográfica – breves considerações sobre o seu caráter interdisciplinar

Esta seção ficou encarregada de trazer a baila à discussão envolvendo os dois principais temas da pesquisa em tela, um sendo a interdisciplinaridade e outro sendo as indicações geográficas. E mais especificamente demonstrar o quanto o instituto da indicação geográfica é interdisciplinar e perpassa por várias áreas.

Nesse contexto Minayo (2010) aduz que determinados conceitos devem ser discutidos, e abertos a novas possibilidades de cooperação e trabalho harmonizando-se com teoria e método, e que as interações devem prevalecer no trato com o aparato teórico.

A importância deste pensamento está na permissão de conceber novos rumos para os contextos teóricos e práticos e ainda na aceitabilidade de inserção em novos contextos práticos. Um olhar aproximado da visão supramencionada é de que as Indicações Geográficas para sua

consolidação é de primordial importância pelas suas mais expressivas peculiaridades, a integração entre instituições locais e atores territoriais, pois é a partir dessa ação integrada que se pode vislumbrar um potencial econômico. (NASCIMENTO; DALLABRIDA. 2016).

Outro fator associado ao caráter interdisciplinar é de que componentes primordiais das IG's são responsáveis por instituir espécies de gestões compartilhadas de recursos locais e adequação dos agentes frente à cadeia produtiva dos recursos. (CERDAN, et.al,2010).

A interdisciplinaridade também se insere no instituto da Indicação geográfica nas palavras de Cerdan et.al. (2010, p. 45) quando: “A emergência de comitês Interprofissionais e a busca de uma melhor harmonização dos interesses entre os diferentes agentes permitiram o fortalecimento da região e dos produtores”. Percebe-se que a interação entre atores sociais de segmentos diversos e a integração Interprofissional é crucial para o sucesso de uma IG.

O caráter interdisciplinar paralelo ao entendimento de desenvolvimento descaracteriza imagem monodisciplinar deste, pois se resvala em outros conceitos desconsiderando as ideias já concebidas como as de riqueza das nações, crescimento econômico e acúmulo de capital (MAIA; MALLMANN, 2012).

A visão de desenvolvimento passada por uma interpretação interdisciplinar abrange outras características, e em se tratado de Indicação Geográfica o sentido é de entendê-lo como um desenvolvimento que visa o benefício territorial, pois valoriza a localidade pelo capital humano ali estabelecido que utiliza do arsenal cultural, natural e tradicional para reavivar a região e conseqüentemente faz crescer a economia local (NASCIMENTO; DALLABRIDA. 2016).

Ainda no entendimento de Nascimento e Dallabrida, (2016):

A Indicação Geográfica, portanto, auxilia no desenvolvimento de um território, pois permite que os produtos e serviços dali derivados sejam reconhecidamente diferenciados dos demais, seja em razão das características naturais do território, seja em virtude da forma como são manipulados pelos agentes locais.

Outros fatores quando elencados fazem da Indicação Geográfica um instituto jurídico interdisciplinar por considerar no momento de sua concepção, criação, implementação e efetivação uma gama de fatores.

Quanto a seu reconhecimento a IG necessita apresentar diversos critérios que aprovam a origem dos produtos e sua distinção comercial. (MAFRA, 2008). Para que uma Indicação Geográfica tenha o seu reconhecimento validado é imprescindível a demonstração de elementos próprios e exclusivos para que tais produtos tenham uma certa relevância no comércio.

A esse fator leva-se em consideração o exposto por Mafra (2008, p.01): “Essas iniciativas de IG constituem experiências singulares, pois, em cada caso, são mobilizados os mais variados tipos de recursos, como produtivos, culturais, ambientais e comerciais, entre outros que compõem a identidade da região.”.

Resta evidenciado a ligação das Indicações Geográficas com o desenvolvimento regional e a economia, outros benefícios possíveis com a sua certificação são os de valores sociais que com reconhecimento de um produto a IG, agrega valor no produto, gera emprego e renda no âmbito de uma determinada região, quanto aos valores culturais é possível à reestruturação de lugares turísticos e tradicionais, e por fim o destinatário final consome um produto diferenciado no mercado, devido à padronização e o controle a que produto é submetido. (KEGEL; CARLS, 2016).

Outro aspecto interdisciplinar das Indicações Geográficas é o potencial da diversidade brasileira que condiciona a variabilidade comercial por circunstâncias ambientais como: o solo, a vegetação, a fauna e o patrimônio cultural (FAGUNDES; LOBO).

A história e a sustentabilidade são também dois aspectos que compõem a Indicação Geográfica e faz dela um instituto jurídico interdisciplinar. É certo que para a manutenção da Indicação Geográfica faz-se necessário que os produtores cultivem e protejam as matérias primas cujos produtos se originam, não somente isso, mas também os modelos de fabricação, os costumes inseridos no cultivo do produto, pois preservando essas informações históricas e mantendo um padrão de extração sustentável é possível a perpetuação da Indicação Geográfica (ROCHA PORTO, 2007).

É imprescindível para continuação da certificação a existência do produto, pois sem ele não há que se falar em Indicação Geográfica, neste caso é de primordial importância a sustentabilidade no contexto das IG's, e ainda do conhecimento histórico associado, que a partir dele se preserva costumes e hábitos que constituem o modo de fazer de determinados produtos.

Outro panorama observado pela característica interdisciplinar das Indicações Geográficas é o envolvimento deste instituto com os conhecimentos tradicionais, por estarem agregados em inúmeros produtos e serem vulneráveis diante da realidade jurídica, vê-se a indicação como instrumento de proteção e de fortalecimento. Como afirma Fávero, (2010, p.94): “A indicação geográfica demonstra ser o direito de propriedade intelectual que melhor

consegue conciliar interesses relacionados à população tradicional e seu conhecimento, ao próprio território e à biodiversidade que geralmente serve de base para esse conhecimento.”.

As Indicações Geográficas também são instrumentos fortalecedores do turismo, por ser interligadas a questão cultural de uma região e por deter de identidade regional. (COSTA, 2014).

#### 4 Considerações finais

O ponto de partida da nossa discussão baseia-se não na interdisciplinaridade em si, mas no surgimento e no papel das disciplinas, analisando como as mesmas surgiram, suas propostas, metodologias e função científica. Para compreender a interdisciplinaridade é de máxima importância compreender os conceitos que a antecedem e que a partir de uma necessidade verificada nos conceitos disciplinares pré-existentes se pensa a interdisciplinaridade como uma nova modelagem científica capaz de suprir as necessidades inerentes as disciplinas e suas formas segmentadas de produção do conhecimento.

Compreendido os aspectos das disciplinas é que, então, podemos partir para a discussão da interdisciplinaridade e como ela se conceitua e se configura em meio às ciências. Tendo um notável avanço conceitual nas décadas de 1970 e 1980, a interdisciplinaridade passou a ser discutida com mais seriedade e a ser vista como necessidade em meio aos paradigmas provenientes das novas configurações sociais e tecnológicas.

Para além da discussão conceitual a interdisciplinaridade traz uma nova forma de pensamento de se fazer pesquisa, lançando um chamado para a união das áreas da ciência para uma produção aprofundada do conhecimento, sendo ferramenta crucial na junção das variantes as quais são submetidos os pontos em análise. Pensar a ciência moderna passou a ser uma necessidade de pensar junto à interdisciplinaridade como força motora das novas descobertas, por mais que ainda bastante negligenciada a interdisciplinaridade permanece viva e atuante, seguindo o caminho da desconstrução do pensamento isolado e da segmentação da produção do conhecimento, abrindo novos horizontes e nos apresentando novas perspectivas à luz da união dos saberes científicos sem que nenhum destes se pormenorizem ou tenham suas teorias e metodologias negligenciadas.

#### 5 Referências

COSTA, Ewerton Rubens Coelho. **As Indicações Geográficas (IGs) como elementos fortalecedores para a atividade turística. Turismo: Estudos & Práticas (RTEP/UERN)**, Mossoró/RN, vol. 3, n. 1, p. 25-50, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://ojs.uern.br/index.php/turismo/article/view/1073>> Acesso em 05 de março de 2017.

CERDAN, Claire; BRUCH, Lissandra; LIMA DA SILVA, Aparecido. **Curso de propriedade intelectual e inovação no agronegócio**. 2010. Disponível em: <<http://agris.fao.org/agris-search/search.do?recordID=FR2013102738>>. Acesso em 05 de março de 2017.

DA ROCHA PORTO, Patricia Carvalho. **INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS: A PROTEÇÃO ADEQUADA DESTE INSTITUTO JURÍDICO VISANDO O INTERESSE PÚBLICO NACIONAL**, 2007. Disponível em: <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/outros\\_autores/ig.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/outros_autores/ig.pdf)>. Acesso em 05 de março de 2017.

FAGUNDES, Murillo Reis Martins; LÔBO, Marina Rubia Mendonça. **INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E A PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA**. Disponível em: <<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/Indicacoes%20Geograficas%20e%20a%20Protre%C3%A7%C3%A3o%20Juridica.pdf>>. Acesso em 05 de março de 2017.

FÁVERO, Klenize Chagas. **As indicações geográficas como instrumento de proteção jurídica internacional do conhecimento tradicional: harmonizando propostas de OMC, ONU e OMPI**. 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94483>>. Acesso em 05 de março de 2017.

FEYERABEND, Paul. **Como defender a sociedade contra a ciência**, contra o método, p. 4. 1975. Disponível em: <http://stoa.usp.br/daros/files/2856/16814/feyerabend.pdf>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

GAUER, Ruth M. Chittó, **Interdisciplinaridade e pesquisa**. Dossiê: disciplinas e profissões em debate. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 3 p. 536-543 set. Dez. 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/14981/10883>. Acesso em: 02 de abr. 2017.

KEGEL, Patricia Luiza; CARLS, Suelen. **O Instituto Jurídico da Indicação Geográfica na promoção do Desenvolvimento Regional: o caso dos cristais artesanais da Região de Blumenau**. Redes, v. 20, n. 3, p. 293-313, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/redes/article/view/4381>>. Acesso em 05 de março de 2017.

MAFRA, Luiz Antônio Staub. **Indicação geográfica e construção do mercado: a valorização da origem no Cerrado Mineiro**. UFRRJ, Rio de Janeiro, 2008. Disponível

em: <[http://r1.ufrj.br/cpda/wp-content/uploads/2011/09/tese\\_luiz\\_antonio\\_mafra.pdf](http://r1.ufrj.br/cpda/wp-content/uploads/2011/09/tese_luiz_antonio_mafra.pdf)>. Acesso em 05 de março de 2017.

MAIA, Claudio Machado; MALLMANN, Lígia Margarete. A interdisciplinaridade da pesquisa e da formação na área de desenvolvimento regional. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, v. 1, n. 1, p. 89-98, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/3100>>. Acesso em 05 de mar. 2017

MINAYO, Maria Cecília de Souza, **Disciplinaridade, interdisciplinaridade e complexidade, Emancipação**. Ponta Grossa, 10(2): 435-442 2010. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>>. Acesso em 05 de mar. 2017

MORIN, Edgar, 1921- **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento** / Edgar Morin; tradução Eloá Jacobina. - 8a ed. -Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. 128p.

NASCIMENTO, Jéssica Nayara; DALLABRIDA, Valdir Roque. **Direito e desenvolvimento territorial: as questões legais que envolvem a indicação geográfica de produtos e serviços no Brasil e no exterior**. COLÓQUIO, v. 13, n. 1, p. 33-54, 2016. Disponível em: <<https://seer.faccat.br/index.php/coloquio/article/view/388>>. Acesso em 05 de mar. 2017.

THIESEN, Juarez da Silva, **A interdisciplinaridade como um movimento articulador no processo ensino-aprendizagem**. Juarez da Silva Thiesen, Revista Brasileira de Educação v. 13 n. 39 set. /dez. 2008.

## O LIBERALISMO JURÍDICO-POLÍTICO COMO SIGNO DO ESTADO DE EXCEÇÃO: UM ESTUDO CRÍTICO À LUZ DE GIORGIO AGAMBEN

*Ana Catarina de Alencar\**

**Palavras-chave:** liberalismo; estado de exceção; Giorgio Agamben.

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo analisar e compreender criticamente a matriz jurídico-política liberal à luz da obra de Giorgio Agamben, enquanto signo do Estado de Exceção na pós-modernidade. Assim, o problema objeto do presente estudo se alicerça em identificar e determinar, o impacto e contribuição das críticas empreendidas por Giorgio Agamben sobre a questão do poder soberano no atual contexto das democracias liberais do ocidente moderno, evidenciadas pela erosão paulatina do Estado Democrático de Direito, bem como do eclipse do espaço da política. Como um dos signos do Estado de Exceção trazido por Agamben, procura-se, questionar o liberalismo jurídico-político, especialmente através de sua ficção do contrato social, consideradas suas implicações biopolíticas. Portanto, o caminho desta investigação será conduzido pela análise do liberalismo político com especial enfoque na teoria do contrato social de Hobbes, Locke e Rousseau, a fim de contrapor este modelo à noção de Bando introduzida por Agamben enquanto relação originária de poder. Em suma, a pesquisa procura identificar e determinar o grau e teor das críticas dirigidas por Agamben ao liberalismo político, em especial no que diz respeito ao contratualismo como mito fundador do poder soberano, para (re)pensar as relações de poder no atual contexto, tendo em vista uma possível renovação da filosofia jurídica. Assim, analisando as categorias a serem estudadas e compreendidas pela pesquisa, esta poderá revelar que as críticas desferidas por Giorgio Agamben à matriz jurídico-política liberal acerca do poder soberano solapam a construção de qualquer filosofia do Direito e da Política aptas a lidar com os dilemas do ocidente atual, a saber, da questão da erosão da democracia liberal e dos direitos humanos e do eclipse do universo da política. Neste sentido, à luz de Giorgio Agamben poder-se-á identificar e

\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em Teoria e Filosofia do Direito. Advogada. Assessora de pesquisa do Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos (IDDH). E-mail: [anahcatarinah@hotmail.com](mailto:anahcatarinah@hotmail.com). Telefone: (47) 99623-1507. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6485258455018753>.

determinar elementos para uma reflexão acerca de da própria filosofia do Direito no universo jurídico atual.

**Abstract:** This paper aims to analyze and critically understand the liberal legal-political matrix in light of the work of Giorgio Agamben, as a sign of the State of Exception in postmodernity. Thus, the object of the present study is based on identifying and determining the impact and contribution of the criticisms made by Giorgio Agamben on the question of sovereign power in the current context of the liberal democracies of the modern West evidenced by the gradual erosion of the Democratic State of Law, as well as of the eclipse of the politics arena. As one of the signs of the State of Exception brought by Agamben, the paper seeks to question juridical-political liberalism, especially through its fiction of the social contract, considering its biopolitical implications. Therefore, the path of this investigation will be driven by the analysis of political liberalism with a special focus on Hobbes's theory of social contract, Locke and Rousseau, in order to counterpose this model with the notion of “band” introduced by Agamben as the original relation of power. In sum, the research seeks to identify and determine the degree and content of Agamben's criticisms of political liberalism, especially focused on contractualism as a founding myth of sovereign power, to (re) think power relations in the present context in view of a possible renewal of the legal philosophy. Thus, analyzing the categories to be studied and understood by the research, this may reveal that the criticisms given by Giorgio Agamben to the liberal legal-political matrix about the sovereign power undermine the construction of any philosophy of Law and Politics able to deal with the dilemmas of current west, namely the erosion of liberal democracy and human rights, as well as the eclipse of the politic universe. In this sense, in the light of Giorgio Agamben, it will be possible to identify and determine elements for a reflection about the legal philosophy itself in the current legal space.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se alicerça em identificar e determinar o impacto e contribuição das críticas empreendidas por Giorgio Agamben sobre a questão do poder soberano no atual contexto das democracias liberais do ocidente moderno, evidenciadas pela erosão paulatina do Estado Democrático de Direito, bem como do eclipse do espaço da política. Como um dos signos do Estado de Exceção trazido por Agamben, procura-se, questionar o liberalismo

jurídico-político, especialmente através de sua ficção do contrato social consideradas suas implicações biopolíticas.

Assim, através do método dedutivo de pesquisa, pretende-se identificar e determinar a importância da crítica de Agamben e sua contribuição para uma renovação do entendimento da filosofia jurídica atual, buscando-se (re)pensar modelos e alternativas para as bases desta compreensão.

Para tanto, a seguir será apresentada uma análise do tema acompanhada de uma série de reflexões com o objetivo de (i) identificar e compreender os pontos de inflexão e críticas presentes na obra de Agamben em relação ao liberalismo jurídico-político e sua teoria do contrato social com vistas à uma nova reflexão acerca do poder soberano, de acordo com sua noção de “bando”; (ii) examinar e descrever o liberalismo jurídico-político e sua teoria do contrato social a partir da ótica de alguns de seus principais autores; (iii) analisar e descrever as críticas lançadas por outros filósofos que serviram de inspiração e base aos trabalhos de Giorgio Agamben e que contribuem para a conclusão da presente pesquisa; (iv) estudar e determinar a importância da crítica de Agamben somadas as críticas de seus predecessores, a fim de contribuir para uma renovação das formas já cristalizadas da filosofia jurídica atual.

## 2 O LIBERALISMO JURÍDICO-POLÍTICO E O ESTADO DE EXCEÇÃO:

A partir dos signos totalitários presentes no cenário da democracia liberal atual, em um contexto de constante expansão da ordem político-econômica globalizante, encontra-se a possibilidade de reconstrução da realidade do “campo” visto na Alemanha Nazista.

Defronta-se com esta possibilidade sempre que uma tal estrutura é criada situando, por exemplo, campos de refugiados em todos os continentes, confinamentos em aeroportos, prisões emergenciais e militares, suspensões de garantias jurídicas na “guerra contra o terror” e outros estados de anomalia criados em periferias do geopolíticas.

Assim, questiona-se em que medida as figuras jurídico-políticas tradicionais são capazes de fornecer balizas quanto ao futuro dos direitos humanos, do constitucionalismo garantista e do próprio Estado Democrático de Direito. A realidade observada em nosso mundo ocidental pós-capitalista é marcada pelo constante noticiar da erosão dos direitos humanos, bem como da desterritorialização do espaço da política:

Ao eclipse da experiência messiânica do cumprimento da lei e do tempo, corresponde uma hipertrofia inaudita do direito, que pretende legislar sobre tudo, mas trai com um excesso de legalidade a perda de toda a legitimidade verdadeira. Afirimo, aqui e agora, medindo as palavras: hoje, sobre a terra não há mais nenhum poder legítimo, e os próprios poderosos do mundo são todos reis de ilegitimidade. A juridização e a economização integral das relações humanas, a confusão entre aquilo que podemos crer, esperar, amar e aquilo que somos levados a fazer ou a não fazer, dizer ou não dizer marca não apenas a crise do direito e dos Estados (...)¹

Assim, de acordo com o pensamento de Giorgio Agamben, filósofo italiano expoente da filosofia política deste século e objeto do presente estudo; nos signos “totalitários” que possibilitam a reconstrução da realidade do “campo”² opera o “Estado de Exceção”³, que atua em sintonia com uma soberania mundial capaz de suspender uma pressuposta ordem jurídica.

Nas palavras de Walter Benjamin, “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral”⁴. Portanto, se faz imperativo da razão investigar acerca das certezas jurídicas do presente, vislumbrando um porvir de estruturas jurídico-institucionais incertas: não há hoje qualquer certeza acerca do destino da vida humana sob a batuta da democracia liberal globalizada.

O que acontece hoje é, no entanto, outra coisa. Não foi declarado qualquer estado de emergência formal e, contudo, vagas noções não jurídicas – razões securitárias – são evocadas para instaurar um constante estado de emergência arrepante e ficcional, sem que qualquer ameaça seja identificável. Um

¹ AGAMBEN, Giorgio. **Cristianismo como religião: a vocação messiânica**. Tradução de Moisés Sbardelotto. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/28959-cristianismo-como-religiao-a-vocacao-messianica-artigo-de-giorgio-agamben>, acessado em 16.07.2016, páginas 1-5, p.4.

² Cfr: “Para Agamben a experiência limite da vida transformada em vida nua, foram os campos de concentração na segunda guerra mundial e que, de certa forma, se tornaram o paradigma hodierno, na medida em que o excesso de leis e normas jurídicas produzidas para garantir os direitos humanos e a vida se apresentam em grande medida desprovidos de efetividade. Em nome da defesa dos direitos humanos, do direito à vida, matam-se seres humanos despropositadamente, torturam-se pessoas, invadem-se países, aniquilam-se povos, comunidades e culturas”. ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 42.

³ Neste ponto, importante explanação trazida pela obra de Bazzanella e Assman: “Sob essa condição, Agamben constata que a vida humana, na contemporaneidade, encontra-se numa condição paradoxal. Assomam-se atos legais, as declarações internacionais, os acordos e tratados entre Estados-nações em torno da proteção da vida humana em sua multiplicidade de formas e condições. Paradoxalmente, essa mesma vida protegida legalmente, encontra-se à margem da lei. Apresenta-se como vida nua, destituída de direitos, vilipendiada em suas garantias legais. Potencializada em sua condição de consumo, mas abandonada quando os custos de sua manutenção ameaçam a lógica do mercado e dos lucros. Enfim, uma vida que, impulsionada ao viver, mas abandonada à própria sorte, é deixada morrer na medida em que se exaurem suas possibilidades de uso econômico e político”. despropositadamente, torturam-se pessoas, invadem-se países, aniquilam-se povos, comunidades e culturas”. Ibid., p. 50.

⁴ BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura**. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. Disponível em: <http://mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria.p df>. Acesso em 16.07.2016, p. 3.

exemplo dessas noções não jurídicas que são utilizadas enquanto fatores instigadores de emergência é o conceito de crise.<sup>5</sup>

Neste contexto, justifica-se questionar à luz da obra de Giorgio Agamben em que medida os signos jurídico-políticos liberais da modernidade constituem o reflexo de uma matriz oculta do poder soberano, que seria o cerne da questão para se (re)pensar a lógica do modelo liberal aplicada à filosofia do Direito atual.

Neste pano de fundo, é imprescindível compreender o sentido destes signos num universo de crise e abandono da subjetividade; de ausência de eficácia dos modelos jurídicos formais, de colapso dos limites do poder e do “fim da história”, conforme elucida o teórico italiano:

As sociedades contemporâneas se apresentam assim como corpos inertes atravessados por gigantescos processos de dessubjetivação que não correspondem a nenhuma subjetivação real. Daqui o eclipse da política, que pressupunha sujeitos e identidades reais (o movimento operário, a burguesia, etc.), e o triunfo da *oikonomia*, isto é, de uma pura atividade de governo que visa somente à sua própria produção. Direita e esquerda, que se alteram hoje na gestão do poder, tem por isso bem pouco o que fazer com o contexto político do qual os termos provêm e nomeiam simplesmente dois pólos – aquele que aposta sem escrúpulos na dessubjetivação e aquele que gostaria, ao contrário, de recobri-la com a máscara hipócrita do bom cidadão democrático – de uma mesma máquina governamental.<sup>6</sup>

Ao longo dos séculos, o pensamento político se encarregou do exame crítico dos poderes jurídicos institucionais aos quais está submetida a vida humana. A filosofia jurídica e política tem convivido hegemonicamente no paradigma do liberalismo político, seja ele clássico ou econômico, sob a alcunha de neoliberalismo.

As posturas críticas a este sistema são geralmente tomadas em seu viés meramente reformista, de forma que poucas críticas têm sido vistas no sentido de solapar as bases do sistema criticando seu núcleo duro.

Neste sistema vige o modelo político e econômico liberal-democrático com suas categorias de Estado de Direito e de Democracia para as quais, demonstra-se uma interpretação crítica de Giorgio Agamben que vai na contramão da defesa de um Estado Democrático mais forte e mais garantista.

<sup>5</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Por uma Teoria do Poder Destituído**. Palestra pública em Atenas, 16.11.2013. disponível em: <https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituído-de-giorgio-agamben/>. Acesso em 16.06.2016, p. 1.

<sup>6</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo e outros ensaios**. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: SC, Argos, 2009, p. 47.

Segundo a interpretação de Agamben, o problema não se circunscreve à falta de eficácia dos signos jurídicos-institucionais tais como da democracia, dos direitos humanos ou da constituição liberal, pelo contrário, a questão se volta a um problema muito mais profundo, tendo em vista que a vida moderna está cingida ao cálculo da biopolítica<sup>7</sup>.

Para além de um crítico da democracia liberal e dos direitos humanos, Giorgio Agamben procura apontar para uma ontologia da potência<sup>8</sup>, desconstruindo os signos do liberalismo político-jurídico, tendo em vista que os mesmos são signos (re) condutores do Estado de Exceção.

Por isso, a crítica de Agamben ao liberalismo político tem como fulcro a metafísica das categorias erigidas sob este sistema, o que ele faz de acordo com um diagnóstico de formas teológicas e metafísicas antigas.<sup>9</sup>

Dito isto, a problematização iniciada pelo filósofo em sua obra tange à noção de contrato social estabelecida na sistemática liberal como condição de possibilidade ao poder.

Agamben realiza um trabalho genealógico a fim de reconstruir estas categorias revelando sua matriz oculta da Exceção. Neste ponto, o autor se distancia completamente de liberais modernos que erigiram suas teorizações a partir da ideia de que um contrato social seria a base das sociedades democráticas.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Cfr: “A vida que ocorre na efemeridade da cotidianidade temporal contemporânea é vida sacrificável pelo poder soberano, articulado e sustentado pela dinâmica do capital financeiro que se move extraterritorialmente, porém, não matável, na medida em que é amparada por um estado de exceção que se caracteriza pelo excesso de normatividade e controle sobre a vida. É sob tais estimativas que Agamben afirma, diferentemente de Foucault, para quem a biopolítica é um fenômeno da modernidade, que a biopolítica se manifesta na origem da dinâmica civilizatória”. ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 51.

<sup>8</sup> Conforme expõem Bazanella e Assmann, trata-se para Agamben de desafiar a estrutura da metafísica ocidental a fim de desnudá-la num exercício de filosofia: “Os argumentos arrolados acima podem auxiliar na aproximação do posicionamento de Agamben perante a metafísica ocidental. A proposta filosófica do pensador italiano, em sua globalidade, é uma tentativa de desnudar a estrutura metafísica ocidental. (...) A possibilidade de superação da metafísica ocidental para Agamben pode acontecer pelo reconhecimento de que necessitamos resgatar a experiência da linguagem”. *Ibid.*, p. 51, 53.

<sup>9</sup> Cfr: “No início da investigação está a tentativa de reconstruir a genealogia de um paradigma que, embora raras vezes tenha sido tematizado como tal fora do âmbito estritamente teológico, exerceu influência determinante sobre o desenvolvimento e o ordenamento global da sociedade ocidental. Uma das teses que procurará demonstrar é que da teologia cristã derivam dois paradigmas políticos em sentido amplo, antinômicos, porém funcionalmente conexos: a teologia política, que fundamenta no único Deus a transcendência do poder soberano, e a teologia econômica, que substitui aquela pela ideia de uma *oikonomia*, concebida como uma ordem imanente – doméstica e não política em sentido estrito – tanto da vida divina quando da vida humana. Do primeiro paradigma derivam a filosofia política e a teoria moderna da soberania; do segundo a biopolítica moderna até o atual triunfo da economia e do governo sobre qualquer outro aspecto da vida social”. AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo. Homo sacer II**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

<sup>10</sup> Corroborando uma tal interpretação colocam-se trechos da obra agambeniana como o seguinte: “As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. (...) O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (...) unem-se agora irrevogavelmente no corpo do “sujeito soberano” para constituir o fundamento do novo Estado-

Assim, dando seguimento especialmente às obras de Foucault e Hannah Arendt, Agamben retoma técnicas políticas e formas de subjetivação que desnudam uma certa correspondência entre regimes totalitários e democráticos, tendo em vista que ambos os regimes se erigem sobre as mesmas estratégias da biopolítica:

Em sua analítica das estruturas constitutivas do poder soberano, Agamben demonstra que o que está em jogo não é a simples captura da vida natural pela política, senão a institucionalização de uma vida nua. A vida nua é resultante de um processo de inclusão e exclusão da vida natural na polis. A vida natural ao se tornar vida qualificada passa a ser potencialmente vida nua, justificando o exercício do poder soberano em estado de exceção. O que significa dizer, que não há soberania sem o exercício da violência soberana de decidir sobre a vida e a morte do homo sacer, figura romana da vida nua. Sob tais pressupostos, Agamben identifica nas experiências totalitárias e democráticas da modernidade a mesma matriz biopolítica constitutiva do poder soberano. Em ambos os regimes de governo o que se apresenta é a hegemonia de uma racionalidade político-administrativa que submete todas as esferas da vida humana, em especial na vida biológica a lógica do custo-benefício, da potencialização da vida ou da morte. “O estado de exceção apresenta-se nessa perspectiva como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.<sup>11</sup>

A fim de elucidar esta ideia, Agamben utiliza-se da figura mítica do “Homo Sacer”; transfiguração da “vida nua” que é matável, porém insacrificável, mostrando a capacidade do soberano em dispor da vida como mera vida biológica.<sup>12</sup> Essa disposição da própria vida se demonstra nos regimes totalitários do século passado e mesmo nas democracias liberais atuais, através da banalização da dignidade da vida humana, objeto do contrato:

É a partir desse olhar genealógico e arqueológico em busca das formas de vida, que se constituíram na ocidentalidade, sob a égide de estruturas políticas e jurídicas, que Agamben apresenta o estado de exceção, no qual a vida humana está inserida desde seus momentos constitutivos iniciais, tornando-se objeto por excelência da política e do direito e, em determinadas

nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e vocação “nacional” e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX se esquecermos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio de soberania. A ficção aqui implícita é a de que o nascimento torne-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (...), somente na medida em que ele é o fundamento imediatamente dissipante (...), do cidadão”. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 135.

<sup>11</sup> ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 169.

<sup>12</sup> Cf.: “Agamben estabelece intensa relação com o tempo que lhe é contemporâneo, no intuito de compreender o espírito dos tempos atuais e de questioná-lo em seus fundamentos políticos e jurídicos, de colocar-se a pergunta: É possível desvincular-se da violência originária que funda a civilização ocidental estabelecida sobre a cisão entre natureza e polis, vida nua e vida qualificada, instaurando um constante estado de exceção, de inclusão e exclusão da vida humana?” Ibid., p. 42.

circunstâncias civilizacionais, transforma-se em vida nua. Ou seja, vida que pode ser remetida a uma zona de indiscernibilidade que a vincula ao estado de natureza desprovida da condição política dos direitos jurídicos, que a torna sacrificável.<sup>13</sup>

Neste viés, a ideia de contrato social é tida como uma ficção metafísica da sistemática liberal que sanciona outras formas jurídico-políticas necessárias para o exercício do controle social. Agamben trata a ideia de contrato enquanto *bando* e *abandono*, isto porque, o poder soberano não atua nos limites propostos pelo liberalismo político constitucionalista; o Estado promove a inclusão-exclusiva da vida por meio da exceção, de forma que a vida humana é incluída no Estado para ser excluída e capturada em abandono, conforme elucida o autor:

A relação de abandono é, de fato, tão ambígua, que nada é mais difícil do que desligar-se dela. O *bando* é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente, capturado.<sup>14</sup>

Esta situação revela-se como atividade biopolítica, na qual o cidadão é sujeito de produção e consumo no mercado de gestão de estilos de vida enquanto sua própria vida é administrada por uma política de economização totalizante da existência. As vidas dos sujeitos na pós-modernidade estão cada vez mais cingidas à esta situação de anomia.

A noção de biopolítica presente em Agamben sustenta uma crítica do contrato social enquanto mito de fundação das formas jurídico-institucionais da modernidade, permitindo pensar o *bando*, ao mesmo tempo signo da soberania e da prerrogativa da faculdade de banir, e não o *contrato*. O *bando* é a relação originária do poder soberano; é o poder de punir, de banir, de excluir da esfera de tutela aquele a quem a lei se aplica “desaplicando-se”; aquele que é capturado por ela, para fora do ordenamento:

(...) o relacionamento jurídico-político originário é o *bando*, não é apenas uma tese sobre a estrutura formal da soberania, mas tem caráter substancial, por que o que o *bando* mantém unidos são justamente a vida nua e o poder soberano. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza ao Estado. Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* e *phýsis*, na qual o liame estatal, tendo a forma do *bando*, é também desde sempre não-estatalidade e pseudonatureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como *nómos* e estado de exceção.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Ibid., p. 42.

<sup>14</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p.116.

<sup>15</sup>Ibid., p. 115, 116.

A ideia de *bando* desvela a natureza da violência mítica do Direito e das formas jurídicas, reproduzindo mecanismos necessariamente sangrentos com base em sua injustiça originária presente desde as fundações do mundo. Esta face violenta se torna visível, justamente, quando da instituição de um meio legítimo e supostamente “justo” de controle social.

Portanto, analisando-se a completude da obra de Giorgio Agamben, com especial atenção à “política que vem”<sup>16</sup> é possível compreender que sua obra, ao contrário do que muitos têm afirmado, não se fia ao garantismo constitucionalista de moldes liberais. Isso porque, “a política que vem” é acurada em demonstrar o mal-estar causado pelos conceitos liberais clássicos na modernidade, podendo-se citar como exemplo a questão da nacionalidade, da soberania e do próprio consentimento.

Em Agamben assim como em Michel Foucault, estes conceitos não foram capazes de prevenir as barbáries ocorridas no século XX, quicá aquelas que ocorrem neste momento enquanto a sociedade do espetáculo celebra o consumo e a esperança no progresso tecnológico<sup>17</sup>.

A partir dos pressupostos biopolíticos nos quais a vida é cotidianamente capturada, compete ter presente a crítica de fundo que Agamben dirige à democracia liberal de mercado em que estamos inseridos. A democracia liberal decantada como uma das principais conquistas da contemporaneidade limitar-se-ia, na perspectiva do autor, a ofertar aos indivíduos a falaciosa possibilidade de se escolher entre vários estilos de vida que lhe são disponibilizados. Porém, o que é comum a todos esses estilos de vida é sua dinâmica individualizada na potencialização de desejos ligados aos cuidados com o corpo em sua condição biológica.<sup>18</sup>

Por conseguinte, a matriz metafísica do contratualismo perpetua a imanência de questões econômicas, inerentes à lógica liberal e que na esteira de Agamben nada mais são do que cálculos biopolíticos de gestão da vida e dos corpos. Neste sentido, não somente a categoria do contrato, mas, também os direitos inalienáveis poderiam ser compreendidos como signos do

<sup>16</sup> Conforme bem elucidam os autores, transcrevemos: “O que está em jogo é o modo de ser da vida humana, de sua presença em potência e realização em ato, de suas condições de possibilidade contínua de resistência e, concomitantemente de criação do novo como abertura para o que vem”. ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013, 2013, p. 86.

<sup>17</sup> Referência à sociedade do espetáculo de Guy Debord, a qual se caracteriza segundo o postulado de que “Toda a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era diretamente vivido se esvai na fumaça da representação”. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 13.

<sup>18</sup> ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013, 2013, p. 187.

domínio econômico liberal, operando o sequestro da “vida nua” nas estratégias do poder biopolítico.

Contrariamente ao que nós modernos estamos habituados a representar-nos como espaço da política em termos de direitos do cidadão, de livre arbítrio e de contrato social, do ponto de vista da soberania, *autenticamente política é somente a vida nua*. Por isso, em Hobbes, o fundamento do poder soberano não deve ser buscado na cessão livre, da parte dos súditos, do seu direito natural, mas, sobretudo, na conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta como direito de punir.<sup>19</sup>

Diante disto, o Estado de Exceção esteve oculto nas alcovas políticas da modernidade, de modo que o estado de natureza é em realidade a constante de Estado de Exceção onde se legitima a decisão soberana e onde o contrato social não pode dar condições iguais e direitos iguais para todos.

Basta se pensar nas minorias que vivem às margens do “progresso social” e que não têm seus direitos e garantias fundamentais concretizados por uma Constituição liberal ou pela Declaração Universal dos Direitos Humanos: a bem da verdade, a realidade que se coloca é aquela de uma sociedade hierarquizada, onde impera o poder do mais “forte”.

Neste cenário, a figura do contrato social cristalizada nas formas da filosofia do Direito e da Política além de controversa é extremamente perigosa como vantagem nas mãos de alguns poucos.

Assim, tem-se que a filosofia de Giorgio Agamben se coloca como crítica do liberalismo político não aceitando facilmente o garantismo jurídico constitucional como panaceia do mundo jurídico. Para o filósofo, o direito pode ser (re)pensado na perspectiva de um “direito que vem” e de uma “política que vem”, aberta para o novo:

(...) os movimentos interpretativos do filósofo nos permitem compreender seu esforço teórico e conceitual de elaboração de uma ontologia da potência, que abra caminho para uma política que vem. E a política que vem caracteriza-se em seus fundamentos por uma outra relação do direito com a vida, ou de sua não relação com a vida. O direito que vem como um dos fundamentos da política que vem, está desvinculado da condição de legitimação do estado de exceção como locus da violência soberana que se estabelece sobre a vida, aprisionando-a e transformando-a em vida nua matável.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 113.

<sup>20</sup> ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 185.

Pode se afirmar que Agamben vislumbra uma teoria onde a distinção entre vida e Direito ou entre vida e contrato sejam realidade, ultrapassado aquela situação de exceção onde o vazio jurídico inclui para excluir a vida, de acordo com a noção de *bando*.

A crítica de Agamben ao liberalismo jurídico-político procura pensar uma forma de ética que questione o contrato liberal, por considerar que esta forma não propicia um padrão aceitável para a constituição ética do sujeito no mundo contemporâneo.

Trata-se da exigência de ultrapassar a forma do Direito tocando o âmago de suas categorias formais já cristalizadas, por meio da dessacralização e da devolução ao uso comum como meio puro, o que envolveria uma reinvenção do Direito por meios revolucionários.<sup>21</sup>

Para tanto, o conceito de “ontologia da potência” apresentado pelo filósofo aponta para a condição política e ética da vida humana constatando sua potencialidade em criar novas formas de organização social e política.<sup>22</sup> Neste sentido, entende-se que essa é uma das mais importantes contribuições de Agamben para uma filosofia do Direito e da Política contemporâneas.

Para o autor, a vida humana é potência pura de ser e não ser, subvertendo discursos e reinventando-se sob novas formas. A vida como potência do pensamento de Agamben encontra-se vinculada à filosofia aristotélica na medida em que é compreendida como princípio de movimento e de não-movimento (*dynamis*)<sup>23</sup>; a potência promove mudança de um estado a outro, podendo ser potência-de-não-passar-ao-ato, de forma que não precisa materializar-se para ter sentido na existência. “A potência é então uma disponibilidade para a forma, mas ainda não é forma. Implica por isso mesmo imperfeição e carência; ainda não é efetivamente tudo o

<sup>21</sup> Cfr: “O gesto profanatório inerente à política que vem implica ainda a dessacralização dos dispositivos de individuação e subjetivação que constituem as identidades societárias, as tarefas históricas, as finalidades existenciais que se impõem sobre a vida dos indivíduos na ocidentalidade. O sujeito/indivíduo dessubjetivado, profanado, devolvido ao uso comum, apresenta-se na forma de um sujeito/indivíduo messiânico, desprovido das pretensões de contemplação e realização de promessas de salvação num futuro próximo, de transformação desse mundo num outro mundo possível a concretizar-se no esgotamento temporal em andamento. É um sujeito/indivíduo liberto da ansiosa crença técnica, na economia como transcendências salvíficas de existências reduzidas à vida nua. O gesto profanatório que institui o sujeito messiânico permite-lhe contemplar a vida e tomá-la em suas mãos como o artista toma em suas mãos o pincel, as tintas, o quadro, a escultura, como obra de arte a ser contemplada e melhorada no curso de uma vida em relação com outras vidas. ‘A profanação implica, por sua vez, uma neutralização daquilo que profana. Depois de ter sido profanado, o que estava indisponível e separado perde sua aura e acaba restituído ao uso. Ambas as operações são políticas, mas a primeira tem a ver com o exercício do poder, o que é assegurado remetendo-o a um modelo sagrado; a segunda desativa os dispositivos do poder e devolve ao uso comum os espaços que ele havia confiscado”. *Ibid.*, p. 200.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 78.

que pode vir-a-ser. Por exemplo, a semente ainda não é a árvore, mas a possibilidade da árvore”.<sup>24</sup>

Assim, a partir do reconhecimento da condição de potência em que se encontra a vida humana, a ação política criadora de novas formas e usos deve ser o fundamento da filosofia política e jurídica desafiando velhas formas e usos do poder.

Em suma, a ontologia da potência de Agamben consiste em dizer que reside na existência humana enquanto potência de ser o rompimento com quaisquer estruturas pré-determinadas de mundo e a não conformação com tarefas históricas impostas. A vida humana mantém-se em constante abertura para assumir novas dinâmicas onde a política que vem transmuda-se em perspectivas lúdicas, artísticas, criativas e poéticas:

A arte é em si própria constitutivamente política, por ser uma operação que torna inoperativo e que contempla os sentidos e os gestos habituais dos homens e que, desta forma, os abre a um novo possível uso. Por isso, a arte aproxima-se da política e da filosofia até quase confundir-se com elas. Aquilo que a poesia cumpre em relação ao poder de dizer e a arte em relação aos sentidos, a política e a filosofia têm de cumprir em relação ao poder de agir. Tornando inoperativas as operações biológicas, econômicas e sociais, ela mostra o que pode o humano, abrem-no a um novo, possível uso.<sup>25</sup>

Neste sentido, “profanar” formas antigas do Direito e da Política consiste em ultrapassar categorias que ocuparam a centralidade do pensamento moderno ocidental, devolvendo o Direito e a Política à sua condição de potência pura; algo que pode pensar-se abertamente diante da imanência e da alternatividade da vida, longe do sentido imprimido pela máquina política governamental.

Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome “política”. A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se traduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, é que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Aristóteles: A plenitude como horizonte do ser**. São Paulo: Moderna, 1994, p. 52.

<sup>25</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Arte, Inoperatividade, Política*. (In) CARDOSO, Rui Mota. **Política-Politics, Giorgio Agamben; Giacomo Marramao; Jacques Rancière; Peter Sloterdijk. Crítica do Contemporâneo – Conferências internacionais Serralves**. Portugal: Fundação Serralves, 2007. Páginas 17-49, p. 49.

<sup>26</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci d. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 133.

A busca pela potencialidade das formas jurídico-institucionais de Agamben aproximam-se da ideia de papel do filósofo presente em Nietzsche, para o qual exige-se um tipo de filósofo capaz de desafiar a cosmovisão metafísica instaurada desde o período socrático; o que Agamben empreende através de sua genealogia teológica.

Está surgindo uma nova espécie de filósofos: atrevo-me a batizá-los com um nome que não está isento de perigos. Tal como eu os percebo, tal como eles se deixam perceber – pois é da sua natureza querer continuar sendo enigmas em algum ponto -, esses filósofos do futuro bem poderiam, ou mesmo mal poderiam, ser chamados tentadores. Essa denominação mesma é, afinal, apenas uma tentativa e, se quiserem, uma tentação.<sup>27</sup>

Neste encaixe, apresenta-se o ímpeto filosófico de agambeniano ao buscar o desafio e o questionamento do presente tempo existencial do Direito no que diz respeito às categorias tradicionais já mencionadas, a fim de reconduzi-las à sua condição de potência e dessacralização.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tradição jurídico-política liberal se ocupa do problema das origens e dos limites do poder, a fim de legitimar o Estado e a violência exercida por meio do Direito ao longo dos séculos.<sup>28</sup>

(...) a história da divisão do poder e sua correção com as hierarquias desiguais foi secularmente acompanhada por um dispositivo de legitimação que pretendeu responder às indagações clássicas, tanto à filosofia política quanto ao direito, relativas às justificativas nas quais se apoia o domínio do homem sobre o homem. Por que obedecer? Em que condições os indivíduos se submetem? Quais os mecanismos internos do sujeito que encontram ressonância na Cidade, tornando a obediência fácil, a servidão voluntária frequente e o desejo de liberdade frágil?<sup>29</sup>

<sup>27</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 43,44, aforismo 42.

<sup>28</sup> Em importante obra para o estudo da filosofia do direito, a autora em referência realiza um apanhado histórico e conceitual do contratualismo a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise, empreendendo uma reflexão que desvela as faces ocultas do poder ao longo da história: “Deus, Natureza, Autoridade, Estado, Razão são alguns nomes da lei que indicam o ponto de referência singular no qual o poder se abriga, constrói suas máscaras e forja suas marcas... Desse modo, pode-se dizer, então, que os nomes da lei impõem as leis do seu nome, compoem, para além do visível e do formal, as direções autorizadas para a circulação do sujeito”. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 15.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 2001, p. 14.

O contratualismo<sup>30</sup> com seus principais expoentes em Hobbes, Locke e Rousseau<sup>31</sup>, se afirmou ao longo dos séculos como um movimento filosófico político e moral que pretende legitimar a autoridade do Estado ou do poder soberano partindo da premissa de que a soberania do Estado deve derivar sua legitimidade do consenso dos governados e de sua transmissão voluntária de direitos anteriores ao próprio Estado.

Assim, inspirado em outros movimentos tais como o iluminismo e o antropocentrismo ou humanismo, a ideia de contrato social surge a partir do século XVI como reação contrária à mentalidade da Idade Média na qual se considerava possível fundamentar o poder soberano a partir da autoridade divina ou mesmo da ideia de ordem natural imanente.

Portanto, nota-se que a ideia de contrato derivado do consenso pretende persuadir a racionalidade humana, a fim de demonstrar que o Estado é um imperativo da razão, ou seja, a constituição do poder soberano se trata de um mal necessário, porém, desejável para o bem da coletividade. Trata-se, em suma, de um eficaz modelo de justificação do nascimento do próprio Estado e da ideia de Direito a ele atrelada.

Assim, o contratualismo mostra-se sempre atrelado à uma ideia subjacente de sujeito de direito racional abstrato que está interessado em manter a garantia de sua integridade física, moral e econômica como forma de compensação pela renúncia ao político. Por isso, o campo da política passou, ao longo do curso histórico, a ser um instrumento garantidor de um certo *status quo*, ou seja, dos direitos naturais preexistentes ao Estado:

A teoria política afirma que o governo deve derivar sua autoridade do consenso dos governados, onde a forma e conteúdo deste consenso deriva da ideia de contrato social. A metáfora do contrato social requer alguma interpretação a fim de aplicar-se no universo da moralidade e da política. A interpretação pode ser especificada pela resposta à três questões. A primeira, qual o objeto do contrato. Respostas possíveis incluem princípios de justiça (Rousseau, Rawls), a estrutura das instituições básicas da sociedade (Rawls), o consentimento para abdicar de direitos em favor do soberano (Hobbes, Locke), a adoção de uma moral convencional (Gauthier, Hampton). A segunda questão é como o contrato é pensado, se hipotético, histórico ou implícito nas relações sociais. A terceira questão é em que medida o contrato é utilizado como dispositivo de justificação ou de explanação.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> D’ AGOSTINO, Fred, GAUS, Gerald; THRASHER, John. **Contemporary Approaches to the Social Contract**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta Ed. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/contractarianism-contemporary>. Acesso em 17.07.2016, p. 1.

<sup>31</sup> MORRIS, Christopher W. **The Social Contract Theorists: critical essays on Hobbes, Locke and Rousseau**. Edited By Christopher W Morris. Oxford, UK. Rowman and Littlefield Publishers, 1999.

<sup>32</sup> CUDD, Ann. **Contractarianism**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (*Winter* 2013 Edition), Edward N. Zalta Ed. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/contractarianism>. Acesso em 17.07.2016, p. 1. Tradução livre.

Esta ficção do mundo jurídico pertencente à tradição liberal recebeu críticas de teóricos como Hegel, Hannah Arendt, Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben; que tem como inspiração principal sua concepção de biopolítica.<sup>33</sup>

Isso porque, o liberalismo político e econômico (hoje, sob a alcunha de neoliberalismo) se valem da metáfora do contrato social tanto na limitação do poder do Estado, vinculando sua ação à esfera de liberdade dos homens, tanto na desvalorização do indivíduo enquanto ser político e cívico, em detrimento de sua existência econômica, como proprietário, detentor de meios de produção ou consumidor.

Deste modo, Arendt, por exemplo, considera-se que o liberalismo nega a política, desterritorializando seu espaço, e, por conseguinte, dessubjetivando o sujeito. Para ela, o liberalismo:

(...) contribuiu para banir a noção de liberdade do âmbito político. Pois a política, de acordo com a mesma filosofia, tem de se ocupar quase que exclusivamente com a manutenção da vida e a salvaguarda de seus interesses. Ora, onde a vida está em questão, toda ação se encontra, por definição, sob o domínio da necessidade, e o âmbito adequado para cuidar das necessidades vitais é a gigantesca e ainda crescente esfera da vida social e econômica, cuja administração tem obscurecido o âmbito político desde os primórdios da época moderna.<sup>34</sup>

Conforme leciona Hannah Arendt, o liberalismo jurídico-político promoveria uma dissociação da liberdade da esfera política, pautando-a exclusivamente na consciência individual. Como consequência, não há liberdade onde há Estado. Esta compreensão revela o intuito da concepção liberal de blindar a liberdade em relação à própria política, a fim de assegurar o pleno exercício da liberdade individual.<sup>35</sup>

Já em Carl Schmitt, nota-se uma compreensão do fenômeno do poder soberano pela racionalidade contratualista liberal como um equívoco, tendo em vista que o liberalismo enxerga a política por critérios externos a ela mesma, seja pelo viés econômico ou de

<sup>33</sup> Cfr: “Somente em um horizonte biopolítico, de fato, será possível decidir se as categorias sobre cujas oposições fundou-se a política moderna (direita/esquerda; privado/público; absolutismo/democracia etc.), e que foram progressivamente esfumando a ponto de entrarem hoje numa verdadeira e própria zona de indiscernibilidade, deverão ser definitivamente abandonadas ou poderão eventualmente reencontrar o significado que naquele próprio horizonte haviam perdido”. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 12.

<sup>34</sup> ARENDT, Hannah. **What is freedom? In: Between past and future**. New York: Penguin Books, 1993, p. 146. Tradução livre.

instituições sociais<sup>36</sup> “ a idéia do contrato livre de todos com tudo provém de um mundo conceitual totalmente diverso, o mundo do liberalismo, que pressupõe interesses opostos, diferenças e egocentrismos”.<sup>37</sup>

O ponto de inflexão que surge em autores como Michel Foucault não procura perquirir o poder acerca de seus limites e origem, como fazem os liberais, mas, sim de estudá-lo enquanto relação, ou práxis que se exerce ininterruptamente no seio social:

Devemos destacar que Michel Foucault dirige suas críticas à visão contratualista do poder que tem em Hobbes, Locke e Rousseau suas maiores expressões. Assim, o poder seria designado pelo contrato social entre os homens e seus soberanos e, por meio do contrato, os primeiros passariam o poder para os segundos em troca de segurança e justiça. (...) Foucault adverte não entender o poder como um conjunto de instituições que garantem a sujeição das pessoas a um determinado Estado ou soberano, também não percebe como modo de sujeição que, por oposição à violência, tenha se tornado uma regra, tampouco vê como um sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre outro e que tenha seus efeitos atravessando o corpo social como um todo. A seu ver, essas são somente as formas terminais do poder.<sup>38</sup>

Assim, a proposta foucaultiana leva em conta que o poder não se situa necessariamente no Estado, mas, funciona como uma rede de dispositivos com especial exercício e funcionamento presentes em todo o corpo social. Nos dizeres do filósofo, “Não estão localizados em nenhum ponto específico da estrutura social. Funcionam como uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras”.<sup>39</sup>

Foucault pensa o poder fora dos limites da ideia de sujeito de Direito, deslocando a metafísica do contrato social para as relações concretas de poder analisadas a partir dos dispositivos disciplinares e de saber/poder. Desta forma, aquilo que na matriz jurídico-político liberal da Era das Luzes é considerado uma racionalização do poder, é para Foucault, a bem da verdade, uma troca na estratégia de controle, que começa a se efetivar de forma descentralizada e econômica.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> De acordo com Edgardo de Castro a correlação entre Arendt, Foucault e Schmitt, é articulada com profundidade em Agamben: “Em relação a ela [biopolítica], Agamben interroga-se a respeito dos dispositivos jurídicos por meio dos quais a política captura a vida. Essa pergunta leva-o a vincular os trabalhos de Arendt e Foucault à teoria da soberania de Carl Schmitt”. CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012, p. 9.

<sup>37</sup> SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 15.

<sup>38</sup> SILVEIRA, Rafael Alcadianni. **Michel Foucault, poder e análise das organizações**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 45, 49.

<sup>39</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 26.

<sup>40</sup> Cfr: “Uma das orientações mais constantes do trabalho de Foucault é o decidido abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídico-institucionais (a definição da soberania, a teoria

Assim, a centralização do poder pressuposta no discurso jurídico-político liberal através da figura de um contrato entre indivíduos e Estado tratar-se-ia de mera ficção burguesa que não encontra respaldo na leitura da sociedade moderna, tendo em vista que o poder se exerce enquanto relação sobre tudo e sobre todos, rompendo com uma ideia abstrata e idealista de sujeito de Direito pautado em critérios metafísicos e normativos.<sup>41</sup>

Neste viés, a ficção jurídica do contratualismo enquanto tributário do liberalismo político e econômico é vista como meio pelo qual membros da sociedade civil se valem para explorar sujeitos excluídos da lógica do próprio contrato, revelando sua natureza opressora.<sup>42</sup>

Deste modo, a afirmação segundo a qual teria havido (historicamente ou de forma pressuposta abstratamente) um contrato implícito entre homens e Estado, acaba por reforçar o modelo liberal burguês de exploração pelo patriarcado, por intermédio de uma ideologia eficaz para a dominação de classes subordinadas, exclusiva daqueles que dela podem participar.

---

do Estado), na direção de uma análise sem preconceito dos modos concretos com que o poder penetra no próprio corpo de seus sujeitos e em suas formas de vida. Nos últimos anos de vida, como resulta de um seminário de 1982 na Universidade de Vermont, esta análise parece orientar-se segundo duas distintas diretrizes de investigação: por um lado, o estudo das *técnicas políticas* (como a ciência do policiamento) com as quais o Estado assume e integra em sua esfera o cuidado da vida natural dos indivíduos; por outro, o estudo das *tecnologias do eu*, através da qual se realiza o processo de subjetivação que leva o indivíduo a vincular-se à própria identidade e à própria consciência e, conjuntamente, a um poder de controle externo. É evidente que estas duas linhas (que dão continuidade, de resto, a duas tendências presentes desde o início no trabalho de Foucault) se entrelaçam em vários pontos e remetem a um centro comum. [...] O ponto em que estes dois aspectos convergem permaneceu, todavia, singularmente à sombra na pesquisa de Foucault, tanto que se pôde afirmar que ele teria constantemente se recusado a elaborar uma teoria unitária do poder.” AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. 2. ed. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 12,13.

<sup>41</sup> “O que é o poder? Ou melhor – porque a pergunta: ‘O que é o poder?’ seria justamente uma questão teórica que coroaría o conjunto, o que eu não quero -, o que está em jogo é determinar quais são, em seus mecanismos, em seus efeitos, em suas relações, esses diferentes dispositivos de poder que se exercem, em níveis diferentes da sociedade, em campos e com extensões tão variadas.” FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

<sup>42</sup> Em relação à outras críticas que vêm na figura do contrato social um expediente jurídico-político de opressão: “Em um importante artigo “On Being the Object of Property,” a professora de Direito afro-americana Patricia Williams oferece uma crítica à metáfora do contrato social em si. Contratos requerem agentes independentes que são capazes de cumprir promessas sem a ajuda de terceiros. Historicamente, enquanto homens brancos têm sido tratados como estes sujeitos do contrato, negros e mulheres têm sido tratados como sujeitos não capazes; dependentes e irracionais. Ambas ideias são falsas; todas as pessoas, diz ela, podem ser excluídas do âmbito da justiça. Este ponto tem sido explorado por outros críticos do “contratualismo”, primeiro por Allen Buchanan (1993) e mais recentemente por Eva Kittay (1999), que afirma que não apenas dependentes como crianças e pessoas portadoras de deficiência são deixadas fora das teorias “contratualistas”, mas, também os interesses de seus responsáveis e cuidadores tenderão a ser subestimados no contrato, bem como (...) várias críticas elencadas acima, centralizam as questões: Quem pode ser parte do contrato e como aqueles que estão excluídos do contrato devem ser tratados? Do ponto de vista normativo contratualista, apenas é racional incluir todos os que podem beneficiar-se e reciprocamente benefícios aos demais”. CUDD, Ann. **Contractarianism**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2013 Edition), Edward N. Zalta Ed. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/contractarianism>. Acesso em 17.07.2016, p. 1. Tradução livre.

As críticas apresentadas apontam no sentido de que a metáfora do contrato social em conjunto com sua racionalidade de Estado liberal denuncia a própria crise do modelo liberal nas instituições jurídicas e políticas da pós-modernidade. Trata-se da inconsistência deste modelo para atuar num sistema de inclusão, no qual atualmente, grande parte dos indivíduos não tem qualquer perspectiva de participar de um tal contrato. A redução do escopo e das funções do Estado e a centralidade do papel da economia anulam a cidadania de grupos sociais à margem do progresso (neo)liberal, tornando a ficção do contrato especialmente insuficiente e passível de crítica.

Neste sentido, Giorgio Agamben, tributário das ideias de Michel Foucault e Hannah Arendt, mostra sua descontinuidade com propostas que representem uma reafirmação da democracia liberal e do garantismo jurídico. Neste prisma, a noção de *bando* elucidada por Agamben desnuda o tecido sobre o qual se constrói o ideário político-jurídico da modernidade.

Este ideário sustenta-se, principalmente, no contratualismo, seja ele hipotético, ideal, histórico ou teleológico, ou em qualquer noção de indivíduos livres e iguais que consentem na criação do Estado, delegando a ele sua tutela efetiva. Giorgio Agamben apresenta sua leitura inovadora dos signos já introduzidos por Michel Foucault por meio da inovadora figura do estado de exceção e desnuda as raízes históricas sobre as quais estão erigidas as democracias ocidentais contemporâneas.

Nessa ótica, o campo de concentração será, para Agamben, o paradigma da biopolítica, por ser um espaço aberto pela exceção à tomada da regra. Trata-se de um vácuo gerado pela suspensão da lei, dando corpo à exceção estável no tempo e no espaço onde tudo é possível. A vida humana torna-se sujeita à decisão excepcional que produz vida matável, como jamais antes visto. O campo não é um acontecimento histórico comprovado, mas uma categoria de compreensão das bases da política moderna.

Neste ponto, a forma segundo a qual o contratualismo liberal trabalha com a questão do poder está cingida à figura hobbesiana do “estado de natureza”. De acordo com Agamben, o “estado de natureza” “é, na verdade, Estado de Exceção, em que a cidade se apresenta por um instante (que é, ao mesmo tempo, intervalo cronológico e átimo intemporal) *tanquam dissoluta*. A fundação não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas *in illo tempore*, mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana”.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. 2. ed. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p.115.

Portanto, conclui-se que sob o viés da biopolítica questões fundamentais da modernidade podem ser equacionadas e refletidas com vistas à uma nova ética. É neste pano de fundo, que se torna cada vez mais evidente a estrutura velada da biopolítica presente da Política e no Direito ocidental. Isso explicaria a tênue identificação de regimes totalitários com democracias liberais, sem bruscas mudanças em suas instituições e conceitos:

A implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana*.<sup>44</sup>

Assim, a proposta agambeniana está distante das insígnias tradicionais do liberalismo e do neoliberalismo, que são formuladas a partir dessa mesma racionalidade apenas sinalizando a própria decadência da cultura jurídica ocidental moderna. Para repensar este paradigma, Giorgio Agamben propõe refletir sobre uma política que vem trazendo novas categorias, a fim de “profanar os símbolos sagrados da tradição e construir uma nova felicidade”.<sup>45</sup>

Nota-se que a grande contribuição do autor reside em sua concepção de potência do pensamento enquanto experiência que torna a máquina antropológica da biopolítica inoperante, abrindo a condição política e jurídica para sua forma originária.

Deste modo, a profanação das antigas categorias propõe a “revisão dos fantasmas, das aparências que consumiram parte significativa das energias ocidentais em sua decifração e tentativa de superação utópica”<sup>46</sup>. Assim, as novas formas de vida vinculadas à política que vem procuram reforçar a ideia de que a cultura jurídico-institucional reformista e “revolucionária” própria da máquina governamental biopolítica deve ser ultrapassada.

#### 4 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Arte, Inoperatividade, Política. (In) CARDOSO, Rui Mota. **Política-Politics, Giorgio Agamben; Giacomo Marramao; Jacques Rancière; Peter Sloterdijk. Crítica do Contemporâneo – Conferências internacionais Serralves**. Portugal: Fundação Serralves, 2007.

<sup>44</sup>Ibid., p. 15.

<sup>45</sup>AGAMBEN, Giorgio. **Estâncias: a palavra e o fantasma na cultura ocidental**. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 67.

<sup>46</sup>ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 197.

AGAMBEN, Giorgio. **Cristianismo como religião: a vocação messiânica**. Tradução de Moisés Sbardelotto. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/28959-cristianismo-como-religiao-a-vocacao-messianica-artigo-de-giorgio-agamben>. Acesso em 16.07.2016.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci d. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Estâncias: a palavra e o fantasma na cultura ocidental**. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo e outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: SC, Argos, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo. Homo sacer II**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Por uma Teoria do Poder Destituente**. Palestra pública em Atenas, 16.11.2013. Disponível em: <https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>. Acesso em 16.06.2016.

ARENDDT, Hannah. **What is freedom? In: Between past and future**. New York: Penguin Books, 1993.

ASSMANN, Selvino José; BAZANELLA, Sandro Luiz. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura**. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. Disponível em: <http://mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria.pdf>. Acesso em 16.07.2016.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2012.

CUDD, Ann. **Contractarianism**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2013 Edition), Edward N. Zalta Ed. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/contractarianism>. Acesso em 17.07.2016.

D’ AGOSTINO, Fred; GAUS, Gerald; THRASER, John. **Contemporary Approaches to the Social Contract**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta Ed. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/contractarianism-contemporary>. Acesso em 17.07.2016.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Aristóteles: A plenitude como horizonte do ser.** São Paulo: Moderna, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Graal, 2006.

MORRIS, Christopher W. **The Social Contract Theorists: critical essays on Hobbes, Locke and Rousseau.** Edited By Christopher W Morris. Oxford: Rowman and Littlefield Publishers, 1999.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro.** Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVEIRA, Rafael Alcadianni. **Michel Foucault, poder e análise das organizações.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

## OBSTÁCULOS AO REGISTRO DE MARCAS BRASILEIRAS: OS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO DE MICRO E PEQUENOS NEGÓCIOS

*Gabriela Gandelman Torina\**  
*Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez\*\**  
*Víctor Macedo Samegima Paizan\*\*\**

**Palavras-chave:** direito da propriedade intelectual; direito de marca; registro; INPI; desenvolvimento econômico.

**Resumo:** O registro de marca própria é essencial para conferir segurança e possibilitar o crescimento de um empreendimento, auxiliando na difusão de determinado produto ou serviço dentro de mercados nacionais e internacionais. Entretanto, no Brasil, o acesso ao procedimento para registro de marcas é escasso, com um aparelho administrativo excessivamente burocrático e altas taxas exigidas mesmo daqueles que não possuem meios para arcar com as mesmas sem comprometer o capital e o funcionamento de seu negócio.

O direito de marcas abrange todo sinal distintivo aplicado a produtos e serviços, com a finalidade de distingui-los e identificá-los, aproximando consumidores e produtores. Ao conferir segurança à procedência do item comercializado, a marca agrega a ele valor real e, conseqüentemente, gera aumento de capital mercantil ao empreendedor, detentor da exclusividade e tutela jurídica da marca.

O sistema de registro que vigora atualmente no Brasil é atributivo, ou seja, o direito de marca é constituído no momento de sua formalização junto ao órgão competente, sendo este o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. O processamento do registro de marca no INPI

\* Bacharelada (3º ano) em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Integra como pesquisadora o Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES), grupo de pesquisa vinculado ao departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho da UNESP. E-mail: gabrielatorina@globocom.com / Telefone: (19) 99697-1818 / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1735374061539677>.

\*\* Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), é docente nos programas de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É fundadora, coordenadora e pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES), grupo de pesquisa vinculado ao departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho da UNESP. E-mail: lcanavez@gmail.com / Telefone: (16) 99999-1979 / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2799438446436625>.

\*\*\* Bacharelado (4º ano) em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Integra como pesquisador o Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES), grupo de pesquisa vinculado ao departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho da UNESP. E-mail: victormacedosp@gmail.com / Telefone: (16) 98118-4749 / Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6592144288758302>.

tem início com um procedimento que visa saber se há pedidos anteriores que possam gerar conflitos de direitos. Assim, o pedido irá se referir a um único sinal distintivo, e este, deve apresentar: o requerimento, etiquetas (se for o caso) e comprovante de pagamento de retribuição relativa ao depósito. Com o deferimento, há a expedição do certificado de registro, mediante o pagamento das taxas.

O aparelho burocrático que rege o procedimento de registro, apesar de público e regido administrativamente pelo Estado, é custoso e, em uma realidade como a brasileira, em que os empresários são, em sua maioria, de micro e pequeno porte, não possuem nem meios de compreender o complexo sistema, nem fundos para arcar com a onerosidade gerada pelo pedido de registro, em razão das altas taxas exigidas e a necessidade de contratação de assistência jurídica especializada.

O trabalho tem como objetivo responder a questão: em qual medida os obstáculos ao registro de marcas impactam o desenvolvimento de micro e pequenos negócios? A hipótese trabalhada é a de que tanto as barreiras burocráticas nacionais, quanto as encontradas no exterior enfraquecem o crescimento da indústria, pois sem a proteção do registro, não há a vinculação do consumidor a marca brasileira.

Para concluir a respeito do tema, serão analisados manuais, cartilhas, guias, relatórios de entidades nacionais e internacionais, bem como a legislação, a jurisprudência, e a doutrina, dando ênfase, em especial, às regulamentações expedidas pelo INPI que versem sobre a onerosidade do procedimento e as hipóteses de concessão de gratuidade do mesmo.

**Abstract:** The registration of a brand is essential to grant security and to enable the growth of an enterprise, helping in the diffusion of a certain product or service within national and international markets. In Brazil, however, access to the trademark registration procedure is scarce, with an excessively bureaucratic administrative apparatus and high fees required even for those who don't have the means to afford them without compromising the capital and the functioning of their business.

Trademark law covers all distinctive signs applied to products and services, in order to distinguish and identify them, bringing consumer and producers closer together. By providing security to the provenance of the commercialized item, the brand adds to its real value and, consequently, it generates an increase in commercial capital to the entrepreneur, holder of the exclusivity and legal protection of the brand.

The registration system in force in Brazil is attributable, that is, the trademark law is constituted at the moment of its formalization with the competent agency, being that the

Instituto Nacional da Propriedade Industrial. The processing of the brand registration in the INPI begins with a procedure that seeks to know if there are previous requests, that could generate conflicts of rights. Thus the application will refer to a single distinctive sign, that must present: the application, labels (if applicable), and proof of payment of remuneration related to the deposit. With the approval, the issuance of the certificate of registration takes place, upon payment of the fees.

The bureaucratic apparatus that governs the registration process, despite being public and governed administratively by the State, is costly and, in a reality like the Brazilian one, in which the entrepreneurs are, for the most part, micro and small, do not have means to understand the complexity of the system, nor funds to bear the expenses generated by that application of the registration, due to the high fees required and the need to hire specialized legal assistance.

The article aims to answer the question: to what extent do trademark barriers impact the development of micro and small businesses? The hypothesis drawn up is that both national and foreign bureaucratic barriers weaken the growth of the industry, because without the protection of the registry, there is no linkage of the consumer with the Brazilian brand.

In order to conclude on the subject, manuals, booklets, guides, reports of national and international entities, as well as legislation, jurisprudence, and doctrine, will be analyzed, emphasizing, in particular, the regulations issued by INPI that deal with the onerosity of the procedure and the hypotheses of granting it free of charge.

## 1 Introdução

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz a proteção da Propriedade Intelectual no seu artigo 5º, inciso XXIX, assegurando aos autores de inovações industriais alguns privilégios de natureza temporária para a sua utilização, assim como a proteção “às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (BRASIL, 1988).

A marca, uma das mais importantes formas da Propriedade Intelectual, é conceituada pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) como sendo um sinal distintivo cujas funções principais são identificar a origem e distinguir produtos e serviços (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2017). Neste sentido, trata-se de “um sinal distintivo aposto facultativamente a produtos e serviços, a fim de

identifica-los e distingui-los” (OLIVEIRA, 2000, p. 1). O direito de marcas, no Brasil, está positivado e protegido entre os direitos da Propriedade Industrial, especificamente pelos artigos 122 a 175 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) (BRASIL, 1996).

De acordo com o INPI, as marcas, quanto à sua natureza, podem ser classificadas em quatro categorias, sendo elas: de serviço, de produto, coletiva e de certificação (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2017). Marca de serviço é aquela usada para distinguir “serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa” (art. 123, I, Lei 9.279/96) (BRASIL, 1996), mesma definição aplica-se às marcas de produto, invertendo-se apenas o termo “serviço” por “produto”. Marca coletiva distingue-se por ter uma finalidade diversa das duas primeiras, pelo fato de ser seu objetivo indicar ao consumidor que aquele produto ou serviço provém de membros de uma determinada entidade (art. 123, III, Lei 9.279/96) (BRASIL, 1996). Marca de certificação pode ser entendida como “aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas”, priorizando a qualidade, a natureza, o material utilizado e a metodologia empregada (art. 123, II, Lei 9.279/96) (BRASIL, 1996).

Diante da natureza jurídica que a marca apresenta, depreende-se que a sua função jurídica é ter suficiente capacidade para diferencia-se de outros produtos e serviços. O objetivo é que a marca possa ser o elo entre o consumidor do produto e seu fabricante (COPETTI, 2006, p. 203). Neste mesmo sentido, afirma a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*, WIPO), que a função principal da marca é facilitar a identificação, pelo fato de que consumidores satisfeitos com um determinado produto tendem a voltar a comprá-lo ou a usá-lo, e, para que isso seja possível, a marca deve ter um sinal distintivo de fácil identificação. Ademais, a organização reconhece que a marca desempenha a função essencial no que diz respeito às estratégias comerciais e publicitárias, contribuindo para a definição da imagem da empresa e da confiabilidade dos produtos de uma empresa do mercado. Com isso, há um ativo de valor maior para uma marca bem selecionada e desenvolvida (WIPO, 2003, p. 4).

O direito de marca protege segundo o guia da OMPI, o “direito exclusivo de impedir que terceiros comercializem produtos idênticos ou semelhantes com uma marca igual ou tão semelhante que possa causar confusão entre os consumidores” (WIPO, 2003, p. 5). O perigo de não levar a registro a marca encontra-se na possibilidade de um concorrente comercializar outro

semelhante que leve o consumidor a confusão, comprando o produto do concorrente e, assim, diminuindo os lucros da empresa.

O registro de marca própria é essencial para conferir segurança e possibilitar o crescimento de um empreendimento, auxiliando na difusão de determinado produto ou serviço dentro de mercados nacionais e internacionais. Entretanto, no Brasil, o acesso ao procedimento para registro de marcas é escasso, com um aparelho administrativo excessivamente burocrático e altas taxas exigidas mesmo daqueles que não possuem meios para arcar com as mesmas sem comprometer o capital e o funcionamento de seu negócio.

O sistema de registro que vigora atualmente no Brasil é atributivo, ou seja, o direito de marca é constituído no momento de sua formalização junto ao órgão competente, sendo este o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. O processamento do registro de marca no INPI tem início com um procedimento que visa saber se há pedidos anteriores que possam gerar conflitos de direitos. Assim, o pedido irá se referir a um único sinal distintivo, e este, deve apresentar: o requerimento, etiquetas (se for o caso) e comprovante de pagamento de retribuição relativa ao depósito. Com o deferimento, há a expedição do certificado de registro, mediante o pagamento das taxas.

O presente artigo científico buscou analisar, no âmbito das ciências sociais aplicadas, a experiência nacional e internacional sobre o registro de marcas para formulação de um estudo descritivo e comparativo, que permitiu concluir sobre a eficácia e eficiência do procedimento de registro de marcas no Brasil e como podem ser elevadas proporcionando ao cidadão um acesso mais fácil, rápido e barato, com o objeto de proteger legalmente seus direitos. A fundamentação do artigo baseou-se primordialmente no estudo de doutrina, legislação, artigos, jurisprudência, manuais, cartilhas, guias, relatórios de entidades nacionais e internacionais e regulamentações expedidas pelo INPI.

## **2 Registro de marcas e procedimento junto ao INPI**

### **2.1 Conceito**

Um das formas mais importantes da propriedade intelectual é a marca, que é conceituada pelo manual de marcas do INPI como sendo um sinal distintivo cujas funções principais são identificar a origem e distinguir produtos e serviços. OLIVEIRA (2000, p. 2) traz uma definição semelhante, afirmando que é um sinal distintivo aposto facultativamente a

produtos e serviços, a fim de identificá-los e distingui-los. Já o guia da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) traz a marca como sendo “um sinal capaz de distinguir os produtos ou serviços de uma empresa daqueles de outras empresas” (WIPO, 2003, p.3). Porém, é com o manual do abimaq (p. 25) que a definição é ampliada quando afirma ser sinal ou conjunto de sinais suscetíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. Alerta, ademais, que o Direito Marcário brasileiro não permite o registro tanto de sinais sonoros, como olfativos e gustativos.

A OMPI (WIPO, 2003, p.3) diz ainda que em alguns países, há também o reconhecimento de campanhas publicitárias como marcas, e podem ser registradas como tal em escritórios nacionais de marcas. Além disso, afirma também que outros tipos menos comuns de marcas como por exemplo, cores específicas e representações tridimensionais também estão recebendo tal classificação. O sinal deve ser, portanto, visualmente perceptível, que não estão compreendidos nas proibições legais, conforme o art. 122 da lei nº 9279/26.

Quanto à sua natureza, as marcas podem ser classificadas, como traz o manual do INPI (WIPO, 2003, p. 4), em: de serviço, de produto, coletiva e de certificação. A marca de produto é aquela usada para distinguir produto de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa (art. 123, inciso I, da LPI). Já marca de serviço é aquela usada para distinguir serviço de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa. (art. 123, inciso I, da LPI). Quanto a marca coletiva, ela se distingue por ter uma finalidade diversa das duas primeiras, pelo fato de ser seu objetivo indicar ao consumidor que aquele produto ou serviço provém de membros de uma determinada entidade. A última, chamada de marca de certificação, pode ser entendida como aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas, padrões ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (art. 123, inciso II, da LPI).

Diante da natureza jurídica que a marca apresenta, pode-se entender que a sua função jurídica é ter suficiente capacidade para diferenciar-se de outros produtos e serviços. O objetivo é que a marca possa ser o elo entre o consumidor do produto e seu fabricante (COPETTI, 2006, p.203). Nesse mesmo sentido, afirma a OMPI (WIPO, 2003, p.4), que a função principal da marca é facilitar a identificação, pelo fato de que consumidores satisfeitos com um determinado

produto tendem a voltar a comprá-lo ou a usá-lo, e, para que isso seja possível, a marca deve ter um sinal distintivo de fácil identificação. Ademais, a organização, reconhece que a marca desempenha a função essencial no que diz respeito às estratégias comerciais e publicitárias, contribuindo para a definição da imagem da empresa e da confiabilidade dos produtos de uma empresa do mercado. Com isso, há um ativo de valor maior para uma marca bem selecionada e desenvolvida.

O direito da marca protege segundo o guia da OMPI o “direito exclusivo de impedir que terceiros comercializem produtos idênticos ou semelhantes com uma marca igual ou tão semelhante que possa causar confusão entre os consumidores” (WIPO, 2003, p. 5). O perigo de não levar a registro a marca é que um concorrente pode comercializar outro semelhante que leve o consumidor a confusão, e leve este a comprar o produto do concorrente, diminuindo os lucros da empresa.

## 2.2 Direito de marca brasileiro

A Constituição Federal, em seu artigo 5º traz a proteção da propriedade intelectual no inciso XXIX:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégios temporários para a sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes, de empresas e a outros signos distintivos, tem em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

A Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996 trata especificamente da Propriedade Industrial. O art. 122 traz a definição de marca como sendo: “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Já o art. 123 traz a distinção entre marca de produto ou serviço; marca de certificação e marca coletiva:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;
- II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e
- III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

O capítulo III da lei traz aqueles que podem ser os requerentes de registro: pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou de direito privado. Ademais, traz nos parágrafos do art. 128:

§ 1º As pessoas de direito privado só podem requerer registro de marca relativo à atividade que exerçam efetiva e licitamente, de modo direto ou através de empresas que controlem direta ou indiretamente, declarando, no próprio requerimento, esta condição, sob as penas da lei.

§ 2º O registro de marca coletiva só poderá ser requerido por pessoa jurídica representativa de coletividade, a qual poderá exercer atividade distinta da de seus membros.

§ 3º O registro da marca de certificação só poderá ser requerido por pessoa sem interesse comercial ou industrial direto no produto ou serviço atestado.

§ 4º A reivindicação de prioridade não isenta o pedido da aplicação dos dispositivos constantes deste Título.

O art. 129 dispõe que:

A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.

A segunda seção da mesma lei o direito que concerne a proteção conferida pelo registro, o artigo 130 enumera os direitos assegurados ao titular da marca ou ao depositante, sendo estes: ceder seu registro ou pedido de registro, licenciar seu uso, zelar pela sua integridade material ou reputação. Já o artigo 132 traz o que o titular da marca não está autorizado a fazer.

### 2.3 Procedimento de registro no Brasil

A proteção às marcas deve ser obtida no Brasil por meio do registro. Não basta o registro somente do nome comercial da empresa, é preciso registrar a marca do produto ou serviço em questão, mesmo que, a empresa use como marca o seu nome comercial, ou parte dele. O registro não é obrigatório, mas com ele há mais segurança aos direitos conferidos ao titular, prevenindo o uso não autorizado da marca. Sobre isso, a cartilha do Inmetro (CICCO, SANTOS, p. 11) traz que com o registro há a exclusividade do seu uso em todo o território nacional em que foi concedida.

O direito conferido pelo registro de marca regularmente registrada no INPI é o direito

de uso exclusivo de todo o território nacional e o direito de impedir terceiros de utilizarem a marca igual ou semelhante (art. 129, LPI). O titular pode ceder a título gratuito e oneroso, ou licenciar o uso da marca a terceiro, mediante o pagamento de remuneração, mediante contrato de licença de uso de marcas, sujeito a averbação no INPI (art. 130, da LPI).

Qualquer pessoa que exerça atividade lícita pode requerer o registro de marca, desde que comprove a compatibilização entre os produtos ou serviços produzidos ou comercializados ou prestador, com aqueles que serão identificados pela marca. Assim, o requerente deve comprovar que atua no ramo de atividade dos produtos ou serviços que serão identificados pela marca (ABIMAQ, p.28)

A marca deve ser registrada no prazo de 10 (dez) anos contados a partir da data de concessão, que pode ser prorrogado, a pedido do titular, por períodos iguais e sucessivos de 10 (dez) anos. Esse pedido deve ser formulado na vigência do último ano do registro.

O registro de marca é obtido mediante o pedido ao INPI, este o examinará com base nas normas legais previstas na Lei de Propriedade Industrial e nos atos e resoluções administrativas do INPI. O primeiro passo é o interessado realizar a correta classificação do produto ou serviço, de acordo com a Classificação de NICE. Em seguida, se recomenda que realize uma busca prévia a fim de verificar se existe marca idêntica ou semelhante já solicitada ou registrada. Depois, é necessário apresentar o pedido de registro de marca, chamado de depósito, elaborado em formulário estabelecido pelo INPI, preenchido e assinado pelo depositante. Após o exame do INPI para verificar se o pedido atende as exigências formais é concluído o exame formal, e o é promovido a publicação, na Revista da Propriedade Industrial (RPI), iniciando-se aqui, o prazo de 60 (sessenta) dias para eventual interposição de oposição por parte de terceiro. Após isso, há mais 60 dias para que o depositante manifeste-se sobre a oposição apresentada. Após os prazos, o INPI efetiva o exame de registrabilidade do pedido, durante esse período, poderão ser formuladas exigências que devem ser respondidas no prazo de 60 (sessenta) dias. Sendo respondida, dá-se seguimento ao exame e logo após, é proferida a decisão, deferindo ou indeferindo o pedido de registro de marca. Com o deferimento, o titular, no prazo de 60 (sessenta), efetuar o pagamento da taxa relativa à expedição do Certificado de Registro e da taxa dos primeiros dez anos de vigência. No caso de indeferimento, pode haver recurso. Com o pagamento, o INPI publica na RPI, a decisão de concessão e a partir desta data, inicia-se o prazo de vigência da marca (10 anos) (ABIMAQ, p. 29).

O sistema E-marcas lançado em 2006, aumentou o total de pedidos de marcas online para 99% no mês de abril de 2015. Com o seu fortalecimento, a consequência foi o ganho em

comodidade para o usuário e também celeridade para o INPI, além da redução de custos.

Em abril, foram recebidos 12.789 pedidos de marcas, sendo 12.667 pelo e-Marcas e apenas 122 solicitações em papel, ou seja, os pedidos eletrônicos representaram 99,05% do total neste mês. O resultado do primeiro quadrimestre de 2015 indica 48.275 pedidos de marcas, sendo 98,78% pelo e-Marcas. (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL).

#### 2.4 Registro em países estrangeiros

Com a Segunda Revolução Industrial, a industrialização deslanchou, e com isso, surgiram novos grandes impérios coloniais. É nesse contexto, e sob o reinado do Dom Pedro II que o Brasil começa a manifestar-se precocemente acerca da proteção das patentes no plano internacional. Isso levou o país a assinar diversos acordos bilaterais com a França, Alemanha, Itália, Estados Unidos e Dinamarca entre os anos de 1876 e 1884. Porém, a sistematização das normas de proteção à propriedade industrial aconteceu em 1883, na Convenção de Paris. O Brasil foi o único país da América do Sul a assinar o documento original da convenção, e anos depois, também se fez presente na Convenção de Berna, realizada em 1990, acerca dos direitos autorais (ABAPI, 1998, p. 23).

O surgimento de novas tecnologias fez com que as convenções se sucedessem ao longo do século XX: 1911, em Washington; 1925, em Haia; 1934, em Londres; 1958, em Lisboa; 1967, em Estocolmo; e o último, o Trade Related Intellectual Property Rights, conhecido como TRIPS, realizado em 1994. O Brasil assinou imediatamente todos os documentos, menos o de Estocolmo, que só foi reconhecido em 1990 (ABAPI, 1998 p. 24).

Foi também no século XX que as convenções interamericanas aconteceram. Sendo a primeira realizada no Rio de Janeiro, em 1906, em que foi firmada a Convenção da União das Américas. No encontro, aconteceu a criação de duas secretarias (uma em Havana e outra no Rio de Janeiro) com a função de centralizar o registro de obras literárias e artísticas, patentes, marcas, desenhos e modelos, assegurando a proteção da propriedade intelectual e industrial (ABAPI, 1998, p. 24).

As marcas na Convenção da União de Paris foram essencialmente tratadas nos arts. 6 e 7. A Convenção deixou livre para que os países legislassem sobre as condições de depósito e registro de marcas, a única ressalva foi determinar que o país não pudesse recusar ou invalidar o registro de uma marca de outro país pelo simples fato de esta não se encontrar depositada ou

registrada em seu país de origem. (MORO, 2003, p. 167).

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, mais conhecido como Acordo IC ou Acordo sobre TRIPs é um anexo dos textos do acordo multilateral estabelecido na Rodada Uruguai do GATT. O TRIPs é um acordo compatível com os tratados já existentes sobre o assunto, é um documento gerador de padrões que devem ser observadas pelos países ratificantes (MORO, 2003, p. 193-194). O acordo deixou a critério dos próprios Estados, as disposições quanto à exigência de condicionar o registro aos sinais visualmente perceptíveis e ao uso da marca, previu contundo, que o tempo máximo de duração do registro não poderá ser inferior a sete anos (MORO, 2003, p. 199).

Dá importância dos acordos e das convenções internacionais se da pelo fato de que os direitos das marcas são, em regra, limitados ao território onde se deu o seu registro. A exceção se do caso a marca seja considerada de conhecimento notório (WIPO, 2003, p. 13).

Como o registro no INPI só protege a marca no âmbito nacional, caso a empresa venha a exportar seus produtos e/ou serviços é de extrema importância que realize também o registro no exterior, isso porque sem ele, como nos explica COPETTI (2006, p. 204), essas exportações são vistas como um simples embarque de mercadoria, não sendo capaz de criar o vínculo necessário com o consumidor final, o que acaba por afetar o crescimento econômico da empresa.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual traz em seu guia o procedimento para o registro de marcas no exterior (WIPO, 2003, p.14). Segundo ele, há basicamente três maneiras principais de fazê-lo: pela via nacional, regional ou internacional.

Pela primeira, a empresa deve dirigir-se à administração de marcar de cada país em que deseja obter proteção e apresentar um pedido de no idioma apropriado e pagar as taxas. Certos países podem exigir que se utilizem os serviços de um agente de marcas estabelecido localmente. Quando a empresa almeja a proteção em países que façam parte de um sistema regional de marcas, a via mais fácil é pela solicitação de um registro, com efeito nos territórios de todos os países membros, mediante a apresentação de um pedido junto à administração regional, que podem ser as seguintes: Administração Regional Africana de Propriedade Industrial, a Administração de Marcas do Benelux, a Instituto de Harmonização do Mercado Interno da União Europeia, e por fim, a Organização Africana da Propriedade Intelectual. Há também a possibilidade de o país que a empresa quer a proteção ser membro do sistema de Madri e então, poderá utilizar esse sistema, que é administrado pela OMPI. As vantagens de se utilizar o sistema de Madri são que o titular de uma marca pode solicitar o seu registro em todos

ou alguns dos países membros do sistema por meio da apresentação de um único pedido de registro internacional, em um único idioma e sujeito a uma única série de taxas e de prazos.

### 3 Barreiras e ônus impostos à concessão do registro

O processo de registro pode de primeira mão parecer simples, porém há no Brasil inúmeras barreiras a ele, e conforme dados estatísticos, apenas 15% das empresas que têm seu registro na Junta Comercial pedem registro no INPI. A falta de registro de marcas está diretamente relacionado ao crescimento econômico-comercial de um país, e por isso, ressalta-se (COPETTI, 2006, p. 204) a importância de que seja fomentada uma mentalidade voltada para a proteção jurídica aos bens inatingíveis, uma vez que a riqueza, hoje, é medida não mais por bens materiais, mas pelos bens imateriais, como é o caso das marcas.

A consequência direta da falta do registro da marca é que a exportação desses produtos se equivale a um simples embarque de mercadoria, não criando, desse modo, um vínculo entre o consumidor a tais marcas, enfraquecendo o crescimento econômico.

O procedimento de registro de marcas no Brasil possui três grandes barreiras e ônus impostos à sua concessão, sendo eles: a morosidade do processo, os altos custos administrativos, e o dificultoso acesso à informação.

#### 3.1 Morosidade do processo

No âmbito da morosidade do procedimento de registro de marcas no Brasil, tal demora fica evidenciada quando confrontada com o fato de que o déficit de servidores no INPI tem afetado a análise de marcas, culminando para que o país terminasse o ano de 2016 com um estoque de 421.941 pedidos de registro de marcas acumulados, de acordo com dados publicados pela revista “Pequenas Empresas & Grandes Negócios” (ESTADÃO, 2017). Ainda de acordo com a publicação, o quadro total de servidores autorizados pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para o INPI é de 1.820 pessoas, estando ativos hoje apenas 1.047, dos quais apenas 131 se dedicam ao exame de marcas. De acordo com o presidente do INPI, Luiz Otávio Pimentel, com a posse de 70 novos servidores, o instituto seria capaz de equilibrar o patamar de entrada e saída anual dos pedidos, contudo, ainda necessitaria solucionar o passivo

de pedidos em estoque. Atualmente, o tempo médio de espera para uma decisão de registro no Brasil é de 10,8 anos.

O segmento econômico das pequenas empresas do Brasil é um dos que mais sofrem com a lentidão no processo de exames de patentes e marcas no país. De acordo com o depoimento da gerente de Desenvolvimento e Inovação da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan), Ana Carolina Arroio, para a Revista PEGN, não há vantagem alguma da proteção de marcas para o setor, já que o processo de exame dos pedidos é moroso.

#### 3.2 Custo administrativo

No que tange os altos custos administrativos, o procedimento de registro de marcas no Brasil possui quatro fases: do pedido, da publicação, do deferimento e da concessão do registro. Dados do E-marcas, de acordo com informações disponibilizadas no seu próprio endereço virtual, apontam que os custos referentes às taxas cobradas para microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais e pessoas físicas, nas fases do pedido e do deferimento, são de R\$440,00 e que, somados a uma média dos preços dos honorários cobrados por advogado, este valor salta para R\$2.339,94. Ao contrastar este valor com dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, SEBRAE, de quem em 2013 o rendimento médio mensal dos donos de negócio de baixa renda foi de R\$623,00, fica clara a excessiva onerosidade do registro de marca própria para aqueles que não possuem meios para arcar com as taxas sem comprometer o capital e o funcionamento de seu negócio.

A Argentina é um dos países com o maior número de registros de marcas segundo dados da OMPI, e isso, é devido ao entendimento difundido no país de dar grande valor a marcas registradas, como indicadores de origem e qualidade do produto e da publicidade construídas em torno dela. O processo é bem mais rápido também, em média, demora-se cerca de 18 meses para obter um registro de marca no país, desde que não haja oposição de terceiro ou objeções *ex officio* pelo INPI. Na Argentina o registro da marca custa cerca de € 57, se o pedido for apresentado pessoalmente, ao passo que um pedido online custa € 46 (MERCOSUR IPR SME HELPDESK, 2014).

#### 3.3 Acesso à informação

O acesso à informação também é um obstáculo ao registro de marcas no Brasil. Toda

a informação está disponível em cartilhas e sites governamentais, contudo, em 2017, segundo dados do INPI, 99% dos pedidos de registro de marcas foram apresentados pelo E-marcas, ou seja, com assistência jurídica especializada. Apenas 15% das empresas que tem seu registro na Junta Comercial pedem registro no INPI, o que demonstra alto grau de desprestígio e desconhecimento da sociedade para com o Instituto (COPETTI, 2006, p. 204). Ainda neste sentido, informações do SEBRAE revelam que 35,5% dos microempreendedores individuais possuem apenas até o 1º grau completo, sendo que cerca de 50% sequer completou o ensino fundamental, não possuindo capacidade para compreender este complexo e burocrático sistema, necessitando, assim, de advogados para auxiliá-los, o que alavanca a onerosidade.

#### 4 Impactos decorrentes da ausência do registro de marca

Para analisar a dimensão dos impactos decorrentes da ausência do registro de marca foram analisados os dados, estudos e julgamentos trazidos a seguir.

Segundo o SEBRAE, o total de empresas no Brasil saltou quase 80% em quase quatro anos. Desempenho este que foi fortemente influenciado pelo aumento de 5.402% na quantidade de microempreendedores individuais. Neste sentido, de 2009 a 2012, as microempresas aumentaram 25,2% e as EPPs, 43,1%. Essa taxa de aumento na quantidade de empresas registradas foi expressiva muito provavelmente em função do aumento de 7,5% do Produto Interno Bruto no Brasil em 2010. Entre os anos de 2003 e 2013, a quantidade de donos de negócio de baixa renda cresceu 11% e a participação dos pequenos negócios empresariais frente ao universo de empresas aumentou de 97,4%, em 2009, para 98,1%, em 2012.

De acordo com informações divulgadas pela Revista PEGN, diversas empresas começam a operar sem o devido registro de marca, tendo, em alguns casos, desenvolvido um produto ou um projeto inovador e, por isso, temem ser ultrapassadas pela concorrência. Devido à morosidade da análise do pedido de registro, o negócio começa a funcionar com o risco de ter que encerrar suas atividades caso a requisição seja recusada, o que não se trata de uma possibilidade remota, uma vez que de acordo com a chefe do Serviço de Estudos e Projetos Especiais da área de marcas do INPI, Elisângela Santos, cerca de 50% dos pedidos são recusados.

O segmento dos microempreendedores conhece muito pouco as vantagens de se

proteger uma marca ou invenção, contudo, os impactos decorrentes da ausência do registro são diversos, como, por exemplo, a marca sem registro não tem valor para o mercado; pode ser confundida com terceiros; terceiro pode se aproveitar do seu reconhecimento no mercado, registrar sua marca e impedir o seu uso; risco de ser notificado por uso indevido de marca requerida ou registrada; risco de perder todo o investimento que aplicou repentinamente; risco de investir tempo e dinheiro em vão, entre outros, que demonstram com clareza a influência negativa da ausência do registro de marcas, cada vez mais frequente, em decorrência dos problemas apresentados, no crescimento econômico brasileiro.

O TJ do Estado de Minas Gerais julgou a apelação Cível AC 10024111642220003, que foi publicada em 10 de junho de 2014, com a seguinte ementa:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO COMINATÓRIA DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PEDIDO DE REGISTRO DE MARCA JUNTO AO INPI ARQUIVADO POR FALTA DE PAGAMENTO DA RETRIBUIÇÃO - PROPRIEDADE SOBRE A MARCA - INEXISTÊNCIA - OPOSIÇÃO PELO AUTOR AO PEDIDO DA RÉ DE REGISTRO DA MARCA AINDA NÃO JULGADA PELO INPI - REGISTRO PENDENTE - ABSTENÇÃO DE USO DA MARCA PELA RÉ - NÃO CABIMENTO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. - A Lei de Propriedades Industriais protege a propriedade e o uso exclusivo da marca com registro no INPI, nos termos do art. 129 da Lei 9.279 /96. -Se o pedido do autor de registro da marca foi arquivado pelo INPI por ausência de pagamento da retribuição, não há falar em propriedade industrial, nem em direito de exclusividade de uso da referida marca. - Inexistindo decisão acerca de quem seja o proprietário de uma determinada marca, nos termos da Lei de Propriedade Industrial, já que não há prova de que os pedidos de registro de marca feitos pelas partes junto ao INPI foram finalizados, não pode pretenso detentor desta ser impedido, em favor da parte contrária, de utilizar a marca. - Recurso conhecido e não provido.

Diante desse julgado, resta comprovada a importância do registro da marca, pois sem ele, os tribunais não reconhecem o direito de uso da marca.

A proteção da propriedade intelectual não pode ser discutida apenas pelo olhar do nacional, pois, é no contexto internacional que se situam a grande maioria dos conflitos, que são apreciados pelos acordos multilaterais. O INPI, em 2004, arquivou 9.147 pedidos de marca, contra 12.262 concedidos. Já o contexto externo, os pedidos de registros são infimamente menores, sendo, conforme estatísticas da Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), somam o 1.140 pedidos entre os anos de 1996 e 2004, e em 2005 apenas, 285 solicitações, com isso, o Brasil aparece em 22º lugar em comparação ao resto do mundo.

A falta de registro de marcas no exterior foi também verificada na pesquisa da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e do Centro das Indústrias do Estado

de São Paulo (CIESP). Das 1.193 empresas pesquisadas, 80% nunca haviam registrado marcas no exterior, e 61% tiveram problemas com piratarias no MERCOSUL em 2003, para onde o Brasil exportou.

A Seção 2 da Parte II do TRIPS (arts. 15 a 21) é dedicada à proteção das marcas com os padrões mínimos que deverão ser observados pelos Estados-Partes, nas suas legislações internas. Da mesma forma como já afirmado no item anterior, aqui também é fundamental ter-se presentes as normas de procedimentos e de resultados que devem ser observadas pelos Estados com relação aos produtos que possuem marcas falsificas, que se encontram descritas na Seção 4 da Parte III.

## 5 Considerações finais

O propósito deste trabalho foi o de analisar como o registro de marcas ou a falta dele podem impactar o micro e pequeno empreendedor. Para isso foram levantados os obstáculos que influenciam o desenvolvimento econômico. A hipótese inicial era de que as barreiras nacionais e internacionais enfraqueciam o crescimento industrial, pois a falta do registro não cria o vínculo devido com o consumidor final.

As principais barreiras encontradas são: a morosidade do processo, os altos custos administrativos e o dificultoso acesso à informação.

O aparelho burocrático que rege o procedimento de registro, apesar de público e regido administrativamente pelo Estado, é custoso e, em uma realidade como a brasileira, em que os empresários são, em sua maioria, de micro e pequeno porte, não possuem nem meios de compreender o complexo sistema, nem fundos para arcar com a onerosidade gerada pelo pedido de registro, em razão das altas taxas exigidas e a necessidade de contratação de assistência jurídica especializada, impactando diretamente no desenvolvimento de micro e pequenos negócios, bem como no crescimento da indústria brasileira.

## 6 Referências

AGÊNCIA Brasil. Lentidão no processo de exames de patentes e marcas prejudica pequenas empresas. **Revista Pequenas Empresas & Grandes Negócios**. 13 jan. 2014. Disponível em:

<<http://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2014/01/lentidao-no-processo-de-exames-de-patentes-e-marcas-prejudica-pequenas-empresas.html>>. Acesso em: 11 maio 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. **Manual propriedade industrial**. Disponível em: <<http://www.abimaq.org.br/Arquivos/Html/IPDMAQ/10%20Propried%20Ind,%20Manual%20-%20IPDMAQ.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Propriedade Industrial no Brasil: 50 Anos de História**. São Paulo: ABAPI, 1998.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**, t. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 1 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: p. 8353, 15 mai. 1996. E-book. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em: 1 maio 2017.

COPETTI, Michele. Registro de marcas – propulsor para o desenvolvimento? In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CICCO, Marcelo; SANTOS, Paulo José Soler Teixeira dos. **Propriedade Intelectual e Inovação**. Inmetro. Disponível em: <[http://www.inmetro.gov.br/inovacao/pdf/Cartilha\\_PI\\_TT.pdf](http://www.inmetro.gov.br/inovacao/pdf/Cartilha_PI_TT.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ESTADÃO conteúdo. Com déficit de servidores, INPI tem estoque de 243 mil patentes sem análise. **Revista Pequenas Empresas & Grandes Negócios**. 25 jan. 2017. Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/01/pegn-com-deficit-de-servidores-inpi-tem-estoque-de-243-mil-patentes-sem-analise.html>>. Acesso em: 11 maio 2017.

FERRARI, Márcio. Marca registrada. **Revista Pequenas Empresas & Grandes Negócios**. 10 mai. 2013. Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Como-comecar/noticia/2013/05/marca-registrada.html>>. Acesso em: 11 maio 2017.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Manual de Marcas: o que é marca**. Disponível em: <[http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02\\_O\\_que](http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que)>

%C3%A9\_marca#2-O-que-%C3%A9-marca>. Acesso em: 15 mar. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **E-Marcas**: pedidos eletrônicos chegam a 99% do total. 2015. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/e-marcas>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

LOBO, Thomaz Thedim. **Introdução à nova lei de propriedade industrial: lei nº 9.279/96**. São Paulo: Atlas, p. 73-90, 1997.

MERCOSUR IPR SME HELPDESK. **Guia para registro de marcas na Argentina**. 2014. Disponível em: <[http://www.latinamerica-ipr-helpdesk.eu/sites/default/files/factsheets/pt\\_guia\\_para\\_registro\\_de\\_marcas\\_na\\_argentina.pdf](http://www.latinamerica-ipr-helpdesk.eu/sites/default/files/factsheets/pt_guia_para_registro_de_marcas_na_argentina.pdf)>. Acesso em: 9 agosto 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Boletim mensal de propriedade industrial**: estatísticas preliminares. Rio de Janeiro: INPI, 2017. Disponível em <[http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas/arquivos/publicacoes/boletim-mai\\_2017.pdf](http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas/arquivos/publicacoes/boletim-mai_2017.pdf)> Acesso em: 11 maio 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Manual de marcas**. Rio de Janeiro, INPI, 2017. Disponível em: <[http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual\\_de\\_Marcas#Manual-de-Marcas](http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas#Manual-de-Marcas)>. Acesso em: 1 maio 2017.

MORO, Maitê Cecilia Fabbri. **Direito de Marcas**. Revista dos Tribunais: 2003.

OLIVEIRA, Mauricio Lopes. **Propriedade industrial**: o âmbito de proteção à marca registrada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PAES, P.R. Tavares. **Propriedade industrial**: lei n. 9.279, de 14.05.1996, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 99-178.

QUAIS as consequências da falta de registro? **Consempi: Registros de Marcas e Patentes**. 14 jul. 2013. Disponível em: <<https://consempi.wordpress.com/2013/07/17/consequencia-da-falta-de-registro/>>. Acesso em: 11 maio 2017.

QUANTO custa para registrar uma marca? **E-marcas**. Disponível em: <<http://e-marcas.com.br/registro-de-marcas/quanto-custa-registrar-uma-marca/>>. Acesso em: 11 maio 2017.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE. **A evolução das microempresas e empresas de pequeno porte 2009 a 2012**. Jun. 2014. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/800d694ed9159de5501bef0f61131ad4/\\$File/5175.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/800d694ed9159de5501bef0f61131ad4/$File/5175.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2017.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE. **Os donos de negócio no Brasil**: análise por faixa de renda (2003-2013). Ago. 2015. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/5233f8a3bff4044344918255d387502/\\$File/5772.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/5233f8a3bff4044344918255d387502/$File/5772.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2017.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE. **Perfil do microempreendedor individual 2012**. Jul. 2012. Disponível em: <[http://www.concepcaoconsultoria.com.br/images/upload/file/SEBRAE\\_SE%202014/Refer%C3%Aancia%20Bibliogr%C3%A1fica%20do%20SEBRAE\\_SE/PERFIL%20DO%20MEI.pdf](http://www.concepcaoconsultoria.com.br/images/upload/file/SEBRAE_SE%202014/Refer%C3%Aancia%20Bibliogr%C3%A1fica%20do%20SEBRAE_SE/PERFIL%20DO%20MEI.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2017.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos. Lei 9.279 - 14.05.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WIPO. **A criação de uma marca**: uma introdução às marcas de fábrica ou de comércio para as pequenas e médias empresas. Geneva: 2003. E-book. Disponível em: <[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/sme/900/wipo\\_pub\\_900.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/sme/900/wipo_pub_900.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

**OS INSTITUTOS DO RECALL POLÍTICO E DO VOTO DE  
DESCONFIANÇA EM CONFRONTO COM O PROCESSO  
TRAUMÁTICO DO IMPEACHMENT BRASILEIRO**

**THE INSTITUTES OF THE POLITICAL RECALL AND THE  
DISTRUST VOTE IN CONFRONTATION WITH THE  
TRAUMATIC PROCESS OF THE BRAZILIAN *IMPEACHMENT***

*Daniel Fernandes Nato\**  
*Leticia Filgueira Bauab\*\**

**Palavras-chave:** direito; recall; voto de desconfiança; impeachment; traumático;

**Resumo:** O presente artigo limita-se a estruturar um estudo sobre os institutos procedimentais do *recall* político e do voto de desconfiança em detrimento ao *impeachment*, previsto no ordenamento jurídico brasileiro; visto que o estudo das diferenças entre tais adventos é capaz de possibilitar uma plena noção sobre a rigidez do processo de *impeachment* e suas consequências para a credibilidade do país. O *recall* político, nas palavras do ilustríssimo Paulo Bonavides (2000, p. 292): “é a forma de revogação individual [...] capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”. Diferentemente, o voto de desconfiança (tema de difícil estudo, visto a escassez de ocorrência) é um instituto atrelado e próprio do modelo Parlamentarista, no qual a decisão é inteiramente política, cabendo ao Parlamento manifestar sua insatisfação à condução do Primeiro-Ministro, que se vê constrangido e renuncia ao cargo. Nesse liame, Ives Gandra da Silva Martins (2016), se manifesta: “como nenhum governo governa sem a confiança do povo, o parlamentarismo encontrou os meios para, sem traumas, afastar o mau governo e substituí-lo por governos que recebam o apoio popular atual”. Já o *impeachment*, é um processo utilizado no Brasil, que visa apurar e responsabilizar os titulares de altos cargos públicos, com relação aos crimes de

\* Discente do 7º período do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais / UEMG-Frutal/MG. E-mail: d-nato@hotmail.com. Telefone: (17) 99150-5863. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2671249305050679>.

\*\* Discente do 5º período do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais / UEMG-Frutal/MG. E-mail: leticia@bauab.com. Telefone: (17) 98169-3277. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2579133421934605>.

responsabilidade. Em nível constitucional, está disciplinado no artigo 85 da Carta Magna, em nível infraconstitucional, a regulamentação está prevista na Lei n. 1.079/50 (uma lei provectora) que dispõe sobre o processo, inclusive definindo-o como “ação penal”. A problemática é vislumbrada pela forte associação do *impeachment* como “crime”, apesar de não devidamente tipificado no Código Penal e sobretudo, pelo momento de insegurança e imprevisibilidade pós-*impeachment*, nesse mesmo sentido, o parlamentar Hélio José (PMDB-DF/2016) reconhece que o *impeachment* pode fragilizar a democracia: “o processo de afastamento de um Presidente da República é sempre traumático [...] sempre haverá questionamentos sobre a sua legitimidade e feridas precisarão cicatrizar para que o Parlamento retorne à sua normalidade”. A consequente justificativa é baseada no cenário brasileiro de crise, insegurança e falta de credibilidade decorrentes de um processo extremamente moroso, burocrático e complexo como o *impeachment*. Apesar de o instituto possuir legitimidade/legalidade, as consequências de sua utilização e de sua duração são traumáticas e agressivas para a democracia. A realização da pesquisa contará com conceituações bibliográficas qualitativas e uma breve comparação dos procedimentos dos institutos (visto que o enfoque do presente artigo não engloba o direito material), com o amparo da legislação brasileira, abordando desde seus textos legais e princípios atrelados até diversas opiniões doutrinárias sobre os respectivos temas; com isso, a metodologia é hipotético-dedutiva, pois parte-se de uma hipótese (o trauma do *impeachment*), para demonstrar, através da comparação procedimental, a plausibilidade da proposta e chegar a dedução de que o *impeachment* deve ser “reformado”, de forma a diminuir o trauma. O objetivo principal do artigo é a demonstração, com base do cumprimento das etapas metodológicas, de que o *impeachment* é um processo extremamente traumático e deve sofrer uma reforma em seus procedimentos, ou seja, ser simplificado à luz do *recall* e/ou do voto de desconfiança, máxime em relação aos seus prazos (excessivamente longos) de forma a evitar a mancha na democracia brasileira. Como resultado primordial, espera-se a manutenção da credibilidade e o respeito à democracia e como resultado secundário, a reflexão constitucional.

**Keywords:** law; recall; vote of discovery; impeachment; traumatic;

**Abstract:** The present article confines itself to structure a study on the procedural political recall and of the distrust vote institutes in detriment of the impeachment, foreseen in Brazilian legal order; Since the study of the differences between such advent is capable of providing a full notion about the rigidity of impeachment process and its consequences for the credibility of the country. The political recall, in the illustrious Paulo Bonavides words (2000, p. 292): "It is the form of individual revocation [...] it empowers the electorate to dismiss employees whose

behavior, for whatever reason, is not pleasing to them". In contrast, the no confidence vote (a difficult study theme, given the paucity of occurrence) is an institute linked to the Parliamentary model, in which the decision is entirely political, and Parliament expresses its dissatisfaction with the Prime Minister conduct, who is embarrassed to resign from office. In this connection, Ives Gandra da Silva Martins (2016) states: "as no government governs without the confidence of the people, parliamentarism has found the means, without trauma, to ward off bad government and replace it with governments that receive the support popular current". Impeachment, is a used process in Brazil, which aims to determine and make responsible the holders of senior public positions, in relation to crimes responsibility. At constitutional level, it is regulated in 85 article of the Constitution, at the infraconstitutional level, the regulation is provided for in no. 1.079/50 Law (an old law) that provides the process, defining including it as a "criminal action". The problematic is seen by the strong impeachment association as a "crime", although not properly defined in the Penal Code and above all, by the insecurity and unpredictability moment post impeachment, in the same sense, Congressman Hélio José (PMDB-DF/2016) recognizes that impeachment can weaken democracy: "the process of removal a Republic President is always traumatic [...] there will always be questions about its legitimacy and wounds will need to heal so that Parliament returns to its normality". The consequent justification is based on the Brazilian scenario of crisis, insecurity and lack of credibility due to an extremely slow, bureaucratic and complex process such as impeachment. Although the institute has legitimacy/legality, the consequences of its use and duration are traumatic and aggressive for democracy. The research will have qualitative bibliographical concepts and a brief comparison of the institutes procedures (since the focus of the present article does not include material law), under the protection of the Brazilian legislation, approaching from its legal texts and principles linked to diverse opinions doctrine on the respective themes, the methodology is hypothetical-deductive, since it starts from a hypothesis (the impeachment trauma), to demonstrate, through procedural comparison, the plausibility of the proposal and to deduce that impeachment must be "reformed", in order to reduce the trauma. The main objective of the article is to demonstrate, based on the fulfillment of the methodological steps, that impeachment is an extremely traumatic process and must undergo a reform in its procedures, that is, be simplified in light of the recall and/or distrust vote, especially in relation to their deadlines (excessively long) to avoid the blot in Brazilian

democracy. As a primary result, it is expected that credibility and respect for democracy will be maintained and, as a secondary result, the constitutional reflection.

## 1 Introdução

*A priori* é preciso conceituar, mesmo que brevemente, a resplandecente democracia, tão suscitada no Direito, que Arend Lipjhart (2003, p. 17) descreve consoante ao prelecionado por Abraham Lincoln: "é um governo pelo povo e para o povo".

No Brasil, o *impeachment* é a única forma de se destituir um presidente democraticamente eleito; o instituto não é originário do país, sua origem é inglesa e seu significado ao modo rude seria "impedimento". A ideia de "impedimento" do Presidente da República está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde constituição do império e foi utilizado apenas duas vezes desde então. Como citado por Paulo Brossard (1992, p. 31): "Story já ensinava que o '*impeachment*' é um processo de natureza puramente política".

A pesquisa é bibliográfica, pois desprende-se do estudo de legislações e doutrinas, de forma qualitativa, tendo em vista a limitação do artigo ao âmbito processual (não aborda o material). A metodologia utilizada é hipotético-dedutiva, pois se propõe a teoria do "trauma" do *impeachment* para a comprovação desta e por final a dedução de que o instituto utilizado no Brasil deve ser simplificado de maneira a assemelhar-se aos institutos internacionais, viabilizando a retirada de um presidente democraticamente eleito e evitando a instabilidade e o caos na nação.

Segundo o parlamentar Hélio José (PMDB-DF/2016) o *impeachment* pode fragilizar a democracia: "o processo de afastamento de um Presidente da República é sempre traumático [...] sempre haverá questionamentos sobre a sua legitimidade e feridas precisarão cicatrizar para que o Parlamento retorne à sua normalidade". Nessa percepção, o cientista político e professor do Insper, Carlos Melo (2015) preleciona: "o momento (pós impeachment) é de muita insegurança e imprevisibilidade, o que é péssimo em todas as frentes".

A problemática é vislumbrada pelo atual momento de insegurança, instabilidade e imprevisibilidade pós-*impeachment*. Sendo assim, o presente estudo justifica-se através do processo de *impeachment* que apesar de fundamentado na legalidade é considerado moroso, burocrático e extremamente formal. Toma-se por base que a Lei n. 1.079 foi redigida em 1950, com épocas e cenários totalmente diferentes dos atuais.

Neste trabalho, a título de comparação, *recall* e voto de desconfiança possuem finalidades parecidas com o presente instituto, porém, apresentam consequências bem menos traumáticas à democracia, afinal, seus procedimentos são bem menos burocráticos, mais céleres e simples, retirando a ideia de crime e atrelando a ideia de apoio parlamentar ou popular.

Dessa forma, os objetos de estudo são: os institutos do *impeachment*, do *recall* político e do voto de desconfiança, vislumbrados através de doutrinas e leis correlacionadas; vale ressaltar que o artigo se limita ao âmbito processual, aos procedimentos dos respectivos temas, pois caso englobasse o direito material não seria possível executar a pesquisa de forma qualitativa e limitada a determinado número de laudas.

Assim, o objetivo principal do artigo é a demonstração da complexidade e rigidez de um processo que deveria efetivar a democracia, contudo se assemelha à uma “peça de museu”, arcaico, demasiadamente exaustivo, traumático para a sociedade brasileira e que necessita de reformas. Como resultado primordial, espera-se a manutenção da credibilidade e o respeito à democracia e como resultado secundário, a reflexão constitucional e possíveis mudanças.

Com isso, primeiramente, o artigo pretende explicar os conceitos relacionados, ou seja, conceituar o *recall*, o voto de desconfiança e o *impeachment*, para isso, se valerá de vasta doutrina nacional e limitada internacional, além das legislações pertinentes. Posteriormente far-se-á uma breve comparação entre os procedimentos dos institutos, sobretudo em relação aos respectivos trâmites, prazos, questões burocráticas e complexidade de cada um.

Em um terceiro plano, pincelará o conceito subjetivo de trauma e sua associação com o *impeachment*, baseada na comparação anterior e por último, a conclusão do presente artigo.

## 2 *Recall* político

Historicamente, o instituto de revogação individual de cargos constitui-se presente desde os primórdios da sociedade organizada, mais precisamente desde a democracia ateniense. Segundo Sgarbi (1999):

É possível encontrar, em outros sistemas, e com inúmeras oscilações terminológicas, sua previsão. Assim em algumas províncias da Argentina que o chamam de destituição, e com as antigas Constituições das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que o nominavam de revogação. (SGARBI, 1999, p. 99).

Modernamente, tem-se os Estados Unidos da América como principal expoente deste instituto, conhecido por *recall*, sendo este o local com maior difusão e base para o estudo neste tópico.

O conceito moderno de *recall* tem origem em 1903, na Carta de Los Angeles, pelo conhecido Theodore Roosevelt, advindos do movimento progressista que abarca o país norte-americano. Assim, as principais mudanças democráticas consistiam em uma maior participação popular em relação ao governo, tendo origem, como exemplo, a iniciativa popular, referendo e o *recall*. Tem-se a partir deste marco, um grande avanço em diversos estados americanos para a instituição de institutos com alcunha popular, buscando a maior participação e envolvimento dos cidadãos na política. Entre esses institutos, o *recall* foi introduzido em 1908 no estado de Oregon e em 1911, no estado da Califórnia foi aprovado juntamente com a iniciativa legislativa popular.

A palavra *recall*, de origem inglesa, é de difícil tradução a nossa língua, como explana Rosa Flores (2003):

Existem palavras que não se traduzem em outros idiomas exatamente e “*recall*” é uma delas. Às vezes, porque não existem palavras exatas, às vezes constituem uma nova palavra usada no Inglês. Às vezes, a intenção não se traduz então os tradutores podem ter a palavra correta, mas o significado não está certo. (FLORES *apud* ALVAREZ, 2003, p. 5, tradução nossa).<sup>1</sup>

Neste sentido, “*recall*” abarca diversos significados, dentre os quais o do instituto presente no Código de Defesa do Consumidor, no qual o fornecedor de determinado produto “chama” os consumidores para que possa reparar, modificar ou até mesmo substituir produtos defeituosos colocado no mercado. Outro conceito para *recall* está na revogação de decisões judiciais relativas ao controle de constitucionalidade ou revogação em relação aos cargos do Poder Judiciário. Entretanto, estes conceitos não constituem o foco do presente estudo. O conceito que nos interessa é relativo ao *recall* político, conceituado como forma de revogação individual de mandatos eletivos.

Frederick L. Bird (1975) explica o conceito de *recall* como “técnica política destinada a permitir o eleitorado, mediante uma eleição especial, a substituição de um funcionário público antes da extinção normal do tempo de exercício das suas funções”. (BIRD, 1975, p. 147).

<sup>1</sup> Redação original: “There are words that do not translate into other languages exactly and ‘recall’ is one of them. Sometimes, because there are not exact words that exist, they sometimes make up a new word by using the English. Sometimes the insinuation does not translate, so the translators may have the word correct but the meaning isn’t quite right”. (FLORES *apud* ALVAREZ, 2003, p. 5, tradução nossa).

Já Monica Herman Salem Caggiano (1987), o *recall* “confere ao eleitorado a faculdade de, antes da extinção normal do mandato conferido a um cidadão e por intermédio de nova manifestação do povo, destitui-lo, indicando-lhe sucessor”. (CAGGIANO, 2004, p. 30).

O ilustre Paulo Bonavides (2000) conceitua *recall* como: “[...] forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”. (BONAVIDES, 2000, p. 292).

Por fim, mas não menos importante, Maria Benedita Malaquias Pires Urbano (1998) discorre:

O direito de revocação popular consiste num meio ou procedimento ao dispor de certo número ou percentagem de cidadãos eleitores, o qual tem a finalidade permitir-lhes requerer a destituição de um ou mais dos seus representantes, hajam eles sido eleitos ou nomeados: se o povo tem o poder de eleger os seus representantes, deverá também deter o poder de destitui-los quando estes frustrem as expectativas neles depositadas, antes de expirar o prazo relativo ao cargo que estão a exercer. A eventual revocação terá lugar por via de uma eleição em que o povo é questionado sobre se pretende manter ou não em funções o representante visado. Em poucas palavras, trata-se de uma substituição antecipada de representantes. (URBANO, 1998, p. 79-80).

Em síntese, o *recall* prevê a substituição do ocupante de um cargo eletivo, pelo mesmo viés democrático no qual foi eleito, pelos mais diversos motivos, podendo ser desde a insatisfação com o governante, seus projetos ou forma de condução do governo ou até mesmo qualquer outro motivo que atinja uma grande parcela dos eleitores.

O principal fundamento para a existência deste instituto é que se os eleitores possuem capacidade para elegerem pessoas para representá-los, estes mesmos eleitores devem ter capacidade para, de algum modo, retirar o poder concedido a pessoas que não satisfizeram as expectativas destes. Desta forma, sempre de maneira democrática, se a grande parcela de eleitores escolheu, através do voto, um governante, seja ele em nível municipal, estadual ou federal, esta mesma parcela de eleitores possui legitimidade para revogar o mandato de tal governante.

Com relação a sua aplicabilidade, segundo Paulo Bonavides (2000), cerca de “[...] doze estados-membros da União americana aplicam o *recall*, que tem mais voga na esfera municipal do que na estadual. Cerca de mil municípios americanos o adotam. A instituição inexistente no plano federal”. (BONAVIDES, 2000, p. 377).

Como foco deste estudo, far-se-á uma análise do procedimento deste instituto, sempre tomando por base a aplicação do instituto nos Estados Unidos da América. Osvaldo Trigueiro

(1942, p. 149) explica que, assim como acontece com a iniciativa popular, o *recall* pressupõe uma petição assinada por um determinado número de eleitores. Este número varia em diferentes estados, todavia tem-se como exemplo a Califórnia, em que para a petição inicial é necessário assinatura de pelo menos 12% (doze por cento) do eleitorado.

Procede ao citado autor que, além das assinaturas é necessário que tal petição seja autenticada e acompanhe de razões que em princípio justifiquem a necessidade de aplicação do instituto. Desta forma, percebe-se que deve existir algum tipo de fundamentação para o início do *recall*, evitando assim meras convicções políticas ou ajustes de opositores; esta fundamentação evita também a possibilidade de alguma instabilidade que o governo possa vir a sofrer.

Superada a fase de petição inicial, o agente público que está sofrendo o processo de *recall* será formalmente notificado. Grande é a expectativa neste momento, visto que em geral, os agentes renunciam ao cargo eletivo, antes mesmo do fim do procedimento. A grande rejeição de eleitores, confabulada com a apresentação de razões plausíveis para o procedimento causam, em qualquer governo, instabilidade, tornando cada dia mais difícil administrar tais circunstâncias, sendo vista a renúncia como uma boa solução apresentada ao caso. Entretanto, não havendo a renúncia, geralmente é marcada uma eleição, dentro do prazo fixado em cada localidade.

Esta eleição poderá ocorrer de duas formas, conforme explica o supracitado autor. Na primeira forma há apenas uma eleição na qual já se decide sobre a substituição do agente público. Esta forma possui duas variantes. Na primeira, procede-se apenas a uma eleição para o cargo, concorrendo o agente público como um dos candidatos. Assim, se ganhador da eleição, continuará no cargo e se encerrará o procedimento do *recall*. Porém, se outro concorrente ganhar tal eleição, considera-se o agente público destituído do cargo eleito anteriormente.

Na segunda variante, aplicada nos estados da Califórnia e Colorado, o eleitorado vota primeiramente sobre a destituição ou não do agente público e posteriormente, vota em quem deverá substituí-lo. Ambos os votos são expressos na mesma cédula e o agente que está sofrendo o *recall* não participará como candidato. Nesta forma, se o agente público conseguir maioria na primeira votação continuará no cargo e a segunda votação será desconsiderada, conseqüentemente.

Na segunda forma de votação, a cédula contém apenas a pergunta se o agente público deve ser destituído ou não do cargo investido. Se a maioria decidir pela destituição, o cargo será declarado vago e uma nova eleição deverá ser realizada para que os eleitores escolham o

substituto. Esta forma está prevista nos estados da Georgia, Lousiana, Michigan, Minnesota, Montana, Nova Jersey e Oregon. Há uma variação desta forma de votação, aplicada nos estados de Idaho, Alaska e Kansas, onde há somente a primeira eleição, referente a destituição do agente público. Em caso positivo, ocorre a indicação e nomeação de um substituto para o cumprimento do tempo restante do mandato.

Apenas como forma de breve exemplificação, o caso mais famoso da aplicação do *recall* ocorreu no estado da Califórnia, onde o então governador Gray Davis foi destituído do cargo no ano de 2003 e nas mesmas eleições, que contaram com mais de cem candidatos, o ator Arnold Schwarzenegger foi eleito com 48% (quarenta e oito por cento) dos votos válidos.

Nacionalmente, em notícia mais atualizada, tem-se que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal aprovou uma PEC, de número 21/2015 (Projeto de Emenda à Constituição), no qual cria a possibilidade de revogação do mandato de Presidente da República, a partir de petição assinada por, no mínimo 10% (dez por cento) dos eleitores, distribuídos em 14 (quatorze) estados e com, no mínimo de 5% (cinco por cento) de participação de eleitores por unidade federativa. Frisa-se que o pedido somente poderá ocorrer no segundo e terceiro anos de mandato. Agora, tal proposta será encaminhada para votação nesta Casa em dois turnos e se aprovada, passará pelo mesmo trâmite na Câmara dos Deputados.<sup>2</sup>

### 3 Voto de desconfiança

Diferentemente do *recall*, o voto de desconfiança é instituto atrelado especificamente aos modelos Parlamentaristas, visto a necessidade da divisão entre Chefes de Estado e Chefes de Governo. Sua origem é datada de meados do século XVIII, mais especificamente no Reino Unido.

Toma-se por base, neste pequeno estudo, o caso atual da Inglaterra. Lá, o modelo Monarquia-Parlamentarista ainda vigora com grande eficácia. A Rainha, Elizabeth II, ícone inglês, é designada como Chefe de Estado. Sua função é inteiramente política e de representação, atuando principalmente nos interesses externos do país. Já o Chefe de Governo,

<sup>2</sup> Notícia divulgada no dia 21/06/2017. Para mais informações, acessar: <http://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/06/ccj-aprova-pec-que-preve-recall-de-presidente>.

chamado de Primeiro-Ministro, possuiu funções internas referentes ao Estado, exercendo as atribuições Executivas.

A escolha do Chefe de Governo é baseada no voto de confiança, escolhido entre os Parlamentares eleitos ou, em alguns casos, pelo próprio Chefe de Estado. Segundo Chanley, Rudolph e Rahn (2000), “a confiança refere-se a uma alta estimativa de competência, honestidade ou de que aquele é confiável, de acordo com as expectativas ou normas do expectador”. (CHANLEY; RUDOLPH; RAHN, 2000, p. 239, tradução nossa).<sup>3</sup>

Isso significa que, no caso inglês, o Chefe de Governo surgirá de uma base Parlamentarista, apoiado por tais pessoas, fomentando a governabilidade, principalmente com o apoio em criações de leis e outras atribuições.

Desta lógica, o modelo Parlamentarista criou formas para, de maneira menos traumática e baseada apenas no apoio político, de se retirar o poder dado pelos próprios parlamentares. Assim, conforme explica Eijk (2002) “a votação é uma questão privada: o que acontece na cabine de votação só pode ser recuperado perguntando a um eleitor depois”. (EIJK, 2002, p. 189, tradução nossa).<sup>4</sup> O voto de desconfiança surge de uma decisão totalmente política, baseada apenas na governabilidade do Chefe de Governo, sua popularidade ou qualquer outro motivo que o torne insustentável no cargo.

Logo, seu procedimento é de fácil aplicação, sempre a disposição do Parlamento Inglês. A qualquer tempo e por qualquer parlamentar, pode-se colocar em votação um voto de desconfiança em relação ao governo de Primeiro-Ministro. Deste modo, aprovado o voto de desconfiança, o agente público se vê em situação complicada, sem sua base que lhe dá apoio ao cargo, sendo praticamente insustentável sua permanência. A renúncia, nestes casos, é a saída mais plausível. Geralmente, há convocação também, de novas eleições gerais.

Destarte, o voto de desconfiança não é baseado em nenhuma conduta dolosa, crime ou irregularidade no âmbito penal ou constitucional, sendo que sua aplicação está somente baseada na forma lógica de apoio, o mesmo que elegeu o Primeiro-Ministro, também pode retirá-lo do cargo.

Ives Gandra da Silva Martins (2016) se manifestou da seguinte forma:

No Parlamentarismo, eleito um irresponsável, é derrubado pelo Parlamento por um voto de desconfiança [...] como nenhum governo governa sem a confiança do povo, o parlamentarismo encontrou os meios para, sem traumas,

<sup>3</sup> Redação original: “Trust refers to a high estimation of the competence, honesty, or reliability of the one who is trusted, according to the expectations or norms of the beholder” (CHANLEY; RUDOLPH; RAHN, 2000, p. 239, tradução nossa).

<sup>4</sup> Redação original: “Voting is a private matter: what happens in the voting booth can only be retrieved by asking a voter afterwards” (EIJK, 2002, p. 189, tradução nossa).

afastar o mau governo e substituí-lo por governos que recebam o apoio popular atual. (MARTINS, 2016).

Percebe-se que, segundo o doutrinador, a viabilidade de um governo sem nenhuma base popular seria questionável. Desta forma, necessário seria substituir tal governo por aquele em que a maioria popular se visse representada. Em entrevista, o professor Aníbal Pérez-Liñan (2016) explicou as diferenças do instituto em comparação com o *impeachment*:

O *impeachment* sempre tem um componente político. Isso leva alguns observadores a pensar que o *impeachment* pode funcionar como o voto de censura em um sistema parlamentar: se a presidente perde a maioria no Congresso, simplesmente é removida pela nova maioria e substituída por um novo chefe de governo. O problema com essa leitura é que o *impeachment* também tem um componente jurídico. É preciso demonstrar que o presidente cometeu um crime de responsabilidade para que a acusação seja válida. O voto de censura é um procedimento normal no sistema parlamentar. O *impeachment* é um procedimento extraordinário no sistema presidencial, e é traumático para o país. Quando um primeiro-ministro perde um voto de confiança, sai do governo para se apresentar na próxima eleição. Quando um presidente sofre um *impeachment*, geralmente sai do governo para ir à prisão ou ao exílio. (LIÑAN, 2016).

Assim, segundo o professor Liñan, o viés traumático do *impeachment* decorre de sua corroboração com o componente jurídico crime, sendo procedimento totalmente extraordinário em um sistema Presidencialista. Diferentemente, no Parlamentarismo o voto de desconfiança é meio disponível a qualquer tempo aos Parlamentares, sendo procedimento normal para a sociedade. Por conseguinte, não restam dúvidas acerca do processo do voto de desconfiança em relação a sua facilitação e meio menos traumático à democracia.

#### 4 O *impeachment*

O *impeachment* é um instituto que surgiu na Inglaterra e posteriormente foi adotado e alterado pelos Estados Unidos e em seguida utilizado pelo Brasil. *A priori* é necessário, como forma de contextualização, que se faça uma breve exposição da história do instituto, assim Paulo Brossard (1965) preleciona que: “Na Inglaterra o *impeachment* atingia a autoridade e castigava o homem, enquanto, nos Estados Unidos, feria apenas a autoridade, despojando-a do cargo, e deixa imune o homem, sujeito, como qualquer, e quando for o caso, à ação da justiça”. (BROSSARD, 1965, p. 21).

Visto que o enfoque do artigo abrange também outros institutos internacionais, não é factível a delonga com relação a história do *impeachment* em âmbito distinto do nacional e vale o posicionamento de Brossard (1965) para justificar a brevidade do supracitado: “não é fácil dissertar acerca do “*impeachment*” inglês, precisando-lhe as características, pois elas mudaram ao longo do tempo”. (BROSSARD, 1965, p. 21).

Sabe-se que a tradução, a “grosso modo” da palavra significa “impedimento”, entretanto quando se utiliza uma interpretação considerando o ordenamento jurídico ao qual o conceito está inserido, podemos associar a palavra a expressões como: acusação, denúncia e afastamento.

Com isso, já em âmbito nacional, tem-se a seguinte conceituação relativa ao aludido instituto:

O *impeachment*, trata-se, pois, de um processo administrativo ou político e de uma pena de natureza disciplinar; e assim se explica a razão por que a acumulação da pena imposta ao Presidente da República pelo senado e da pena criminal imposta pelos tribunais ordinários, não constitui violação do princípio do non bis in idem; do mesmo modo por que esse princípio não é ofendido, quando o empregado público, punido administrativamente, é depois processado e punido criminalmente pelos tribunais, e em razão do mesmo delito. (BROSSARD, 1965, p. 74).

Em doutrina mais atual, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015) discorrem que a responsabilização de governantes, no poder público é uma característica típica do governo republicano e seguindo essa característica, o Presidente da República pode ser responsabilizado por infrações penais comuns e por infrações político-administrativas, os crimes de responsabilidade (PAULO; VICENTE, 2015, p. 661).

Já para José Cretella Junior (1992), o *impeachment* seria:

[...] medida de natureza político-administrativa que objetiva desinvestir todo membro do Governo que perdeu a confiança do povo, em virtude de ter praticado algum crime de responsabilidade nas suas funções públicas [...]. Não há menor dúvida de que o *impeachment*, medida excepcional, é instituto de caráter político, mas adstrito a rito, por excelência jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório. (CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 15).

Contudo, o real entendimento sobre o processo de *impeachment* brasileiro e sua complexidade não é inteiramente palpável através de doutrinas e sim da análise das leis. Na Constituição Federal (1988), os crimes de responsabilidade estão dispostos no artigo 85 e em nível infraconstitucional, o *impeachment* está complementado na Lei n. 1.059/50.

Crimes de responsabilidade tratam-se de infrações político-administrativas cometidas durante um mandato, conforme supracitado, está disciplinado no artigo 85 da Carta Magna e o rol é genérico, necessitando da lei especial para definir o processo e julgamento.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O artigo 86 da Constituição de 1988 discorre sobre a competência para o julgamento e sobre o crime comum (não abordado pelo presente artigo). Percebe-se que a escolha do julgamento pelo Senado Federal caracteriza o viés político do instituto.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

- I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;
- II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Basicamente, o artigo 85 dispõe alguns aspectos materiais para que um presidente incida em crimes de responsabilidade, enquanto o artigo 86 dispõe brevemente sobre a processualidade e o trâmite. Todavia, a Constituição encarregou a lei especial de tratar o assunto com melhor inteligibilidade.

Neste tocante é válido o parecer dos doutrinadores constitucionalistas Paulo e Alexandrino (2015):

A Constituição reservou ao Senado Federal toda a jurisdição a respeito da matéria, excluindo, por conseguinte, a interferência do Poder Judiciário. Assim, quando o Senado Federal julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas sim como judicial,

exercendo jurisdição e razão pela qual o Judiciário não pode reformar a decisão. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 665).

Perceptível também que, os intitulados “crimes de responsabilidade” não constituem crimes em sentido próprio, uma vez que não tipificados no Direito Penal. As punições existentes, como se analisará na Lei n. 1.079/50 são a perda do cargo e a inabilitação temporária para função pública, sem nenhum viés penal.

Considera-se já de imediato, a associação do *impeachment* com “crime” um dos equívocos trazidos pelo ordenamentos, visto que para o cidadão, um crime praticado tão somente por uma pessoa democraticamente eleita é tanto quanto exótico.

Logicamente que, se com essa infração que acarreta a perda do cargo, coexistir crime comum, o Presidente ficará sujeito ao julgamento pelo Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal), daí sim é possível se falar, em caso de condenação, em punição criminal e no crime propriamente dito.

Ato contínuo, as demais disposições estão elencadas na lei especial; trata-se de uma lei extensa e por isso, em cumprimento ao objetivo do artigo, a atenção será somente para os aspectos processuais de tal norma e tão somente relacionadas ao Presidente, não se estudará os capítulos relacionados aos ministros, procuradores e/ou governadores. Assim, a pesquisa se inicia de fato na Parte II, Capítulo I, Da Denúncia:

Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

Art. 16. A denúncia assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados, nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco no mínimo.

Art. 17. No processo de crime de responsabilidade, servirá de escrivão um funcionário da Secretaria da Câmara dos Deputados, ou do Senado, conforme se achar o mesmo em uma ou outra casa do Congresso Nacional.

Art. 18. As testemunhas arroladas no processo deverão comparecer para prestar o seu depoimento, e a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado por ordem de quem serão notificadas, tomará as providências legais que se tornarem necessárias legais que se tornarem necessárias para compeli-las a obediência. (LEI 1.079/50).

Assim, qualquer cidadão, pessoa física e titular de direitos é parte legítima para oferecer denúncia postulando *impeachment* do presidente, além disso os dispositivos exigem documentos probatórios, rol de testemunhas (se houver), bem como a obrigatoriedade de que estas compareçam para depor. A lei é certa ao dispor sobre o cidadão oferecer a denúncia,

contudo “peca” ao impor tantos requisitos, dificultando o exercício da cidadania do cidadão comum. A Câmara recebe inúmeras denúncias, diariamente, entretanto o aceite é uma decisão que não parte do cidadão.

Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.

Art. 20. A comissão a que alude o artigo anterior se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu Presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia.

§ 1º O parecer da comissão especial será lido no expediente da sessão da Câmara dos Deputados e publicado integralmente no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, juntamente com a denúncia, devendo as publicações ser distribuídas a todos os deputados.

§ 2º Quarenta e oito horas após a publicação oficial do parecer da Comissão especial, será o mesmo incluído, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma discussão única.

Art. 21. Cinco representantes de cada partido poderão falar, durante uma hora, sobre o parecer, ressalvado ao relator da comissão especial o direito de responder a cada um.

Art. 22. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruem, arquivada, se não for considerada objeto de deliberação. No caso contrário, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado.

§ 1º Findo esse prazo e com ou sem a contestação, a comissão especial determinará as diligências requeridas, ou que julgar convenientes, e realizará as sessões necessárias para a tomada do depoimento das testemunhas de ambas as partes, podendo ouvir o denunciante e o denunciado, que poderá assistir pessoalmente, ou por seu procurador, a todas as audiências e diligências realizadas pela comissão, interrogando e contestando as testemunhas e requerendo a reinquirição ou acareação das mesmas.

§ 2º Findas essas diligências, a comissão especial proferirá, no prazo de dez dias, parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia.

§ 3º Publicado e distribuído esse parecer na forma do § 1º do art. 20, será o mesmo, incluído na ordem do dia da sessão imediata para ser submetido a duas discussões, com o interregno de 48 horas entre uma e outra.

§ 4º Nas discussões do parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia, cada representante de partido poderá falar uma só vez e durante uma hora, ficando as questões de ordem subordinadas ao disposto no § 2º do art. 20. (LEI 1.079/50).

Considera-se nítida a complexidade inerente apenas ao aceite da denúncia e início do julgamento, visto que é necessário a formação de uma comissão, a reunião desta, emissão de parecer, possíveis diligências, publicação do parecer, discussão, votação para decidir se tal

denúncia pode ser objeto de deliberação. Logo após, prossegue-se com contestação, diligências novamente, depoimentos, interrogatório do réu, possível acareação, novo parecer, publicação e discussões sobre o novo parecer. Vale ressaltar, o posicionamento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015):

O exame realizado pela Câmara dos Deputados, sobre a procedência ou não da acusação é de natureza política, com forte conteúdo de discricionariedade [...] caberá à Câmara proferir juízo político, em que verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas. Na realidade, não examinará propriamente se houve cometimento de crime de responsabilidade, mas sim a conveniência político-social da permanência do Presidente da República na condição dos negócios do Estado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 662-663).

Já que o *impeachment* considera prioritariamente critérios políticos de conveniência, desnecessária se faz toda esta burocracia e semelhança com um processo jurídico. O capítulo sobre a acusação retoma:

Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação.

§ 1º Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados [...]

§ 4º A Câmara dos Deputados elegerá uma comissão de três membros para acompanhar o julgamento do acusado. (LEI 1.079/50).

Posterior à discussão do parecer final procederá com votação nominal e se procedente, dará início à acusação do presidente, donde se formará nova comissão. Vale expor que o §5º do artigo 23 da referida lei relata os efeitos imediatos da acusação, os quais: “a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final”. Assim como o §6º dispõe sobre a legitimidade do Senado para o julgamento, como anteriormente citado.

O próximo e último capítulo da lei a ser estudado é o do julgamento. O Senado é vinculado à admissibilidade anterior por parte da Câmara, sem discricionariedades relativas à procedência da denúncia e nessa fase devem prevalecer o contraditório e a ampla defesa inerentes ao processo.

Art. 24. Recebido no Senado o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados e apresentado o libelo pela comissão acusadora, remeterá o Presidente cópia de tudo ao acusado, que, na mesma ocasião e nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 23, será notificado para comparecer em dia prefixado perante o Senado.

Parágrafo único. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal enviar-se-á o processo em original, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

Art. 25. O acusado comparecerá, por si ou pelos seus advogados, podendo, ainda, oferecer novos meios de prova.

Art. 26. No caso de revelia, marcará o Presidente novo dia para o julgamento e nomeará para a defesa do acusado um advogado, a quem se facultará o exame de todas as peças de acusação.

Art. 27. No dia aprazado para o julgamento, presentes o acusado, seus advogados, ou o defensor nomeado a sua revelia, e a comissão acusadora, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, abrindo a sessão, mandará ler o processo preparatório o libelo e os artigos de defesa; em seguida inquirirá as testemunhas, que deverão depor publicamente e fora da presença umas das outras.

Art. 28. Qualquer membro da Comissão acusadora ou do Senado, e bem assim o acusado ou seus advogados, poderão requerer que se façam às testemunhas perguntas que julgarem necessárias.

Parágrafo único. A Comissão acusadora, ou o acusado ou seus advogados, poderão contestar ou arguir as testemunhas sem contudo interrompê-las e requerer a acareação.

Art. 29. Realizar-se-á a seguir o debate verbal entre a comissão acusadora e o acusado ou os seus advogados pelo prazo que o Presidente fixar e que não poderá exceder de duas horas. (LEI 1.079/50).

Novamente, Paulo e Alexandrino (2015, p. 663) alegam a natureza política, também nessa fase de julgamento pelo Senado Federal. Como já dissertado, o afastamento do presidente é um efeito da instauração do julgamento, do qual se aufere o prazo de sua absolvição ou de 180 (cento e oitenta) dias (art. 86, §1º, CF), ultrapassado esse prazo e não findado o julgamento, o presidente poderá retornar as atividades. Considera-se este prazo demasiadamente vagaroso.

Vale destacar que o prazo para a conclusão do julgamento pode ser estendido por tempo indeterminado, todavia o supracitado é válido para o retorno do réu.

Diante da complexidade inerente ao exposto (réu apresentar novos meios de prova, depoimento separado das testemunhas, perguntas necessárias e debate oral) o julgamento é considerado a fase mais exaustiva do *impeachment*, ainda mais, considerando que ele não possui um prazo para findar. O capítulo prossegue:

Art. 30. Findos os debates orais e retiradas as partes, abrir-se-á discussão sobre o objeto da acusação.

Art. 31. Encerrada a discussão o Presidente do Supremo Tribunal Federal fará relatório resumido da denúncia e das provas da acusação e da defesa e submeterá a votação nominal dos senadores o julgamento.

Art. 32. Se o julgamento for absolutório produzirá desde logo, todos os efeitos a favor do acusado.

Art. 33. No caso de condenação, o Senado por iniciativa do presidente fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública; e no caso de haver crime comum deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado.

Art. 34. Proferida a sentença condenatória, o acusado estará, ipso facto destituído do cargo. (LEI 1.079/50).

Passadas a discussão, que perdura horas e o relatório, procederá com a conclusão do vagaroso julgamento. Em caso de condenação, além da destituição do cargo, a inabilitação que o dispositivo alude, pressupõe também a ausência do réu no cenário político, inclusive em concursos públicos e quaisquer outros cargos públicos efetivos ou comissionados.

E por fim, o processo se encerra consoante o disposto:

Art. 35. A resolução do Senado constará de sentença que será lavrada, nos autos do processo, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, assinada pelos senadores que funcionarem como juizes, transcritas na ata da sessão e, dentro desta, publicada no Diário Oficial e no Diário do Congresso Nacional. (LEI 1.079/50).

Por fim, vale elucidar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a renúncia ao cargo, como forma de evitar as sanções acima, quando já iniciado o julgamento, não finda o processo de *impeachment* (MS 21.689-1, rel. Min. Carlos Velloso, 16.12.1993). Na mesma ação o STF dispôs que oferecida à denúncia, durante o mandato, mesmo que este acabe, o processo continua, bem como também dispôs que o Poder Judiciário, em hipótese alguma pode alterar a decisão do Senado no *impeachment*, mantendo o caráter político da decisão.

## 5 Comparações

Inicialmente, a respeito da associação do *impeachment* com “crime”, o doutrinador Paulo Brossard (1992) disserta que:

[...] se aos crimes de responsabilidade, enquanto relacionados a ilícitos políticos, se reservasse à denominação de “infrações políticas”, por exemplo, melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação pelo mesmo nome, de realidades diversas. (BROSSARD, 1992, p. 64).

Nesse liame, o ilustre Paulo Brossard (1992) reafirma que: “o crime de responsabilidade, embora assim chamado, infração penal não o é, pois só se qualificam como entidades delituosas os atos ilícitos de cuja pratica decorra sanção criminal”. E prossegue: “se o crime de responsabilidade não é sancionado com pena criminal como delituoso não se pode qualificar o fato ilícito assim denominado, pois, o que distingue o crime dos demais atos ilícitos é, justamente, a natureza da sanção abstratamente cominada”. (BROSSARD, 1992, p. 70).

Dessa forma, destaca-se essa associação com “crime”, mesmo que equivocada, uma das diferenças entre os três institutos, pois tanto o *recall* político quanto o voto de desconfiança,

são formas mais simplórias e com o viés político bem mais evidente do que o *impeachment* brasileiro.

Existem doutrinas que defendem a extinção do termo “crime de responsabilidade” como forma de amenizar a crise política, contudo não é viável nesse artigo o aprofundamento em tal conceito, visto que o aspecto que interessa é o meramente comparativo.

No tocante ao voto de desconfiança, Aníbal Perez-Liñan (2016) diferencia este do *impeachment* na medida em que “o voto de censura é um procedimento normal no sistema parlamentar. O *impeachment* é um procedimento extraordinário no sistema presidencial, e é traumático para o país”.

O *recall* político é um instituto que não pressupõe a prática de um crime, contudo sua iniciativa parte da população, por meio de um mecanismo de defesa, o qual, consoante ao já abordado, impede que o *recall* seja suscitado em vão, necessitando de determinado número de eleitores para peticionar com razões (tal número varia estado para estado). Tal petição que pede o *recall* geralmente enseja a renúncia do próprio político, que vê a insatisfação popular e se sente pressionado a tal. Caso o político não o faça, serão marcadas novas eleições, na quais prevalecerá o consenso democrático dos eleitores.

Já o voto de desconfiança, como explanado em seu capítulo próprio, é um instituto que se encontra sempre à disposição do Parlamento, podendo ser suscitado por qualquer integrante, independente de motivação legal (a única seria o descontentamento parlamentar com o Primeiro-Ministro) e assim como o *recall* político, não pressupõe crime. Com isso, nota-se que o instituto típico do parlamentarismo é extremamente mais célere e descomplicado do que o *impeachment* brasileiro, basta reparar na facilidade de descrevê-lo.

Vale ressaltar que geralmente após o voto de desconfiança são invocadas eleições gerais, nas quais todo o parlamento é “renovado”.

O *impeachment*, por sua natureza, não possui uma ampla participação do cidadão como no *recall* político, não se permite que o eleitor relate sua insatisfação ou não com o Presidente, dessa forma, não se viabiliza como um instituto acessível e plenamente democrático (vale lembrar o conceito de democracia citado na introdução). O *impeachment* também se diferencia do chamado voto de desconfiança na medida em que este, por seu viés completamente político, ganha celeridade, pois basta que o parlamentar o invoque com base no descontentamento, extremamente simples e sem maiores burocracias.

E logicamente, como abordado, tais institutos não pressupõem “crimes” para que se retire o presidente, não há sentido no viés jurídico e penal atribuído ao *impeachment*, sendo que conforme o exposto no capítulo do *impeachment*, apesar da função jurisdicional do Senado, a decisão é em sua quase totalidade, política. Muito melhor seria se resolvessem por seu viés inteiramente político, como no voto ou seu viés de receptividade para com o povo (que não deixa de ser político).

Por último, o *impeachment* possui um prazo “fictício” de cento e oitenta dias para conclusão, porém sabe-se que este prazo vale, apenas, para que o presidente retorne as suas atividades, o processo não possui um prazo real para acabar. Provavelmente, alterando sua excessiva duração, seria possível e necessário simplificar todo processo, reformando-o e até mesmo aperfeiçoando-o aos moldes realmente democráticos.

## 6 O trauma

Por crise constitucional entende-se, de acordo com o professor Pablo Holmes (2016):

Por crise constitucional deve-se entender uma crise das estruturas e regras que regulam o exercício do poder político e econômico dos atores sociais. As estruturas constitucionais determinariam, assim, os pesos relativos dos atores políticos com mais poder, nos processos eleitorais, administrativos e jurídicos, assim como os procedimentos por meio dos quais os donos do poder podem adquirir ou perder poder de decisão com impacto coletivo. (HOLMES, 2016).

O conceito do aludido “trauma” é associado à consequências negativas para sociedade como: a instabilidade, a insegurança e a crise (como supracitado). O conceito doutrinário é escasso, por isso a brevidade e subjetividade deste capítulo.

De acordo com Ives Gandra (2016), no Brasil adotamos o “sistema da irresponsabilidade a prazo certo, pois, eleito um irresponsável, ou se o mantém até o final no poder ou deve-se recorrer ao traumático processo do *impeachment*”.

O ilustríssimo doutrinador expõe em curtas linhas a hipótese do presente artigo. É nítido que o instituto utilizado no país é traumático, não só para o réu, mas para toda sociedade, ao passo que, se admitida a acusação contra um presidente, este se afasta por até 180 dias; o afastamento, bem como a irresponsabilidade associada ao “crime” geram insegurança, instabilidade na nação, nos mais diversos setores. E em âmbito internacional, tem-se a ausência de credibilidade de um país manchado por um processo moroso, polêmico e baseado em uma lei retrógada, que abala as estruturas, inclusive as econômicas, por meses e que findado o julgamento, ainda demora a se reestruturar.

O trauma é oriundo da lei pretérita que dispõe sobre o impeachment, bem como a complexidade do processo, as inúmeras fases, as diversas diligências, à morosidade de um instituto fatigante e custoso para todos envolvidos e para a sociedade afetada, todavia o trauma pode ser superado com uma reforma. Existe a possibilidade de se destituir um presidente sem muita complexidade. Sabe-se que polêmicas sempre existirão quanto a este assunto, entretanto, os capítulos anteriores foram laboriosos ao expressar que é possível o “impedimento” de formas mais suaves.

### 7 Considerações finais

Foi vislumbrado, ao longo desta pesquisa, as diferenças e peculiaridades existentes entre o *impeachment*, o *recall* político e o voto de desconfiança, bem como explanado o escasso e subjetivo conceito do trauma atrelado ao *impeachment* brasileiro. Como supracitado, não seria viável abordar, aqui, os conceitos materiais relacionados ou a história comparada dos institutos, bem como não é cabível o estudo detalhado de cada um dos dois *impeachments* sofridos pelo Brasil, sob o risco de tornar a pesquisa demasiadamente ampla, todavia não descarta-se tal viés para possíveis e futuras pesquisas.

Notou-se que a utilização de um processo moroso, antiquado e burocrático para destituir um presidente democraticamente eleito possui um lado negativo para a sociedade, vale ressaltar, que não se questiona a legalidade do instituto, pois é certo que a democracia necessita de uma forma de retirar um Presidente, mesmo que devidamente eleito, ao passo que este descumpra certos preceitos, pois assim se mantém o respeito ao ordenamento jurídico.

Contudo, para efetivar a tão aludida democracia, garantindo ao cidadão uma menor “estranheza” em relação ao cenário político brasileiro (estranheza relacionada principalmente com o conceito de crime, afinal, discute-se um crime praticado apenas por uma pessoa e envolvendo política) é preciso que se reforme o *impeachment*, sobretudo com relação aos seus prazos, visto que é a diferença gritante entre os institutos explanados, além da mudança quanto as exaustivas fases exigidas para o trâmite do processo.

Estas são as mudanças que se julgaram necessárias ao longo da pesquisa, principalmente para aumentar a percepção da relevância do cidadão na democracia. O tema é de extrema importância, dessa forma, a continuidade de tal estudo é certa, bem como sua ampliação

gradativa, objetivando, mesmo que utopicamente, uma real mudança no processo, apresentando, eventualmente, a pesquisa ao Poder Legislativo, para que se viabilizem as propostas abordadas.

### 8 Referências

- AMERICA, United States of. **The Constitution of the United States of America**. Washington, D. C., 1787. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US\\_Constitution-Senate\\_Publication\\_103-21.pdf](https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2017.
- BIRD, Frederick L. **Recall**. *apud* FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 3 ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev, atual e ampl. São Paulo, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Lei 1.079 de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 21.689-1 – DF**. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Litisconsortes Passivos: Barbosa Lima Sobrinho e Marcello Lavenère Machado. Min. Relator Carlos Velloso. Brasília, 16 de dez. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecstfjulgamentohistorico/anexo/ms21689.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. 2 ed.. São Paulo: Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. **O Impeachment**. Porto Alegre: Globo, 1965.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Sistemas eleitorais x representação política**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.
- CHANLEY, Virginia A.; RUDOLPH, Thomas J.; RAHN, Wendy M.. **The Origins and Consequences of Public Trust in Government**. Public Opinion Quarterly, 2000.
- CRETELLA JUNIOR. José. **Do Impeachment**. 1 ed. RT: São Paulo, 1992.

EIJK, C. Van der. **Design issues in electoral research: taking care of (core) business.** Electoral Studies, 2002.

FLORES, Rosa *apud* ALVAREZ, Michael R.. **The Complexity of the California Recall Election.** Pasadena, 2003. Disponível em: <[https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/96546/vtp\\_wp9.pdf;sequence=1](https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/96546/vtp_wp9.pdf;sequence=1)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

HOLMES, Pablo. **A crise brasileira não é apenas política, é constitucional.** Brasília, 2016. Disponível em: <<https://petpol.wordpress.com/2016/04/10/a-crise-brasileira-nao-e-apolitica-e-constitucional/>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

JOSÉ, Helio. **Hélio José declara voto pelo impeachment e diz que processo é 'traumático'.** Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/30/helio-jose-declara-voto-pelo-impeachment-mas-diz-que-processo-e-2016traumatico2016>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

LIJPHART, Arend. **O modelo Westminster de democracia e O modelo consensual de democracia.** In: Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro, 2003.

LIÑAN, Anibal Pérez. **'Impeachment não encerra a crise'.** São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,impeachment-nao-encerra-a-crise,10000049877>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Voto de Confiança.** São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,voto-de-confianca,10000016548>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Disciplina Jurídica do Impeachment Presidencial no Brasil.** Revista de Direito Brasileira, v. 14, n. 6. São Paulo, 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/2662/disciplina\\_jur%C3%ADica\\_impeachment\\_martins.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/2662/disciplina_jur%C3%ADica_impeachment_martins.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 17 jun. 2017.

MELO, Carlos. **Impeachment de Dilma pode ser traumático para a democracia.** São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/07/06/interna\\_politica,665557/impeachment-de-dilma-pode-ser-traumatico-para-a-democracia-diz-analista.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/07/06/interna_politica,665557/impeachment-de-dilma-pode-ser-traumatico-para-a-democracia-diz-analista.shtml)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** – 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia Do Trabalho Científico.** 23 ed. ver. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SGARBI, Adrian. **O referendo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRIGUEIRO, Osvaldo. **O regime dos Estados na União Americana.** Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942.

URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. **O referendo: perfil histórico-evolutivo do instituto; configuração do referendo em Portugal.** Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

VENEZUELA, Constitución. **Constitución De La República Bolivariana De Venezuela.** Caracas, 1999. Disponível em: <[http://unefm.edu.ve/web/motor\\_constitucion/constitucion.pdf](http://unefm.edu.ve/web/motor_constitucion/constitucion.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

**QUESTÕES CONTROVERTIDAS EM ADOÇÃO INTERNACIONAL:  
DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
SUBSIDIARIEDADE, CUMPRIMENTO DO ESTÁGIO DE  
CONVIVÊNCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL E A CORRELAÇÃO  
DO INSTITUTO COM O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES**

*Juliana Müller\**

**Palavras-chave:** Adoção internacional; Princípio da subsidiariedade; Estágio de convivência; Tráfico internacional.

**Resumo:** Este trabalho abordou o âmbito jurídico do instituto da adoção internacional, analisando o procedimento previsto na legislação atual e apontando – sob a ótica dos direitos fundamentais – algumas das questões controvertidas levantas ao se permitir estrangeiros adotarem menores brasileiros. A proteção internacional às crianças e aos adolescentes aos quais não foi oportunizado um lar adotivo nacional - abordando as Convenções e Protocolos internacionais pertinentes – serve de parâmetro para a discussão acerca da adequação do processo vigente para o instituto. A exigência do estágio de convivência em território nacional, da aplicação do princípio da subsidiariedade e, ainda, a problemática da correlação com o crime de tráfico internacional de menores serão os pontos polêmicos estudados neste artigo.

**Abstract:** This paper approaches the legal scope of international adoption, analyzing the procedure provided in current national legislation and pointing out - under the perspective of fundamental human rights - the most controversial issues on allowing foreigners to become a substitute family for brazilian minors. The international protection of children and teenagers who were not given the opportunity of having a home in their own country - addressing international conventions and protocols in the field – is the parameter to discuss about the adequacy of the current process provided in law for this institute. The demand for a coexistence test phase in national territory, the application of the subsidiarity principle and the correlation

\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Tel.: (48) 98486-8202. E-mail: [mullerjster@gmail.com](mailto:mullerjster@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3127961958978414>.

with the crime of international traffic in minors are the polemic questions considered by this research.

## 1 INTRODUÇÃO

No direito brasileiro, a adoção internacional tem processo regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual - após advento da Lei da Adoção (Lei nº 12.010/09) - prevê o instituto de acordo com a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993.

Existe, na doutrina, grande discussão acerca da adequação do processo atual às peculiaridades da adoção transnacional. Muitos estudiosos o consideram nebuloso, apontando que a previsão jurídica do instituto impõe exigências excessivas, dificultando sua aplicação. Outros, contudo, entendem que um trâmite burocrático é necessário para proteger os adotados e garantir seus direitos fundamentais.

O objetivo deste trabalho é apresentar alguns dos aspectos mais polêmicos e debatidos da adoção internacional, refletindo se a legislação existente hoje é apropriada para atender o princípio básico deste instituto, que é o de buscar a proteção integral para o menor abandonado, impedindo crimes como o tráfico internacional de crianças.

A metodologia empregada neste trabalho corresponde à adoção de pesquisa de característica exploratória, através do estudo de legislações, livros, artigos científicos e trabalhos monográficos.

Desta forma, a técnica de pesquisa foi documental e bibliográfica, fazendo uso de legislação e jurisprudência vigentes bem como artigos científicos e sites oficiais relacionados.

## 2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Um dos requisitos mais relevantes para a concretização da adoção internacional é a subsidiariedade. A adoção, por si só, já é medida excepcional: a manutenção da criança em sua família biológica, tanto quanto possível, e a conservação dos vínculos familiares, é a regra prioritária.

Na adoção transnacional, a excepcionalidade da medida é ampliada, pois esta será somente aplicada em casos em que não for possível ou recomendável uma solução nacional.

A Convenção de Haia de 1993, em seu art. 4º, “b”, refere:

“As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem: (...) tiverem verificado, depois de haverem examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 51, ratifica esta ideia quando prevê que *“a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”*.

Consoante Cláudia Lima Marques (In: LIBERATI, 2010), subsidiariedade, neste contexto, trata de tempo e ordem: as Autoridades Centrais, os juízes de Estados estrangeiros de residência dos pais adotivos e os interessados (por exemplo, pais adotivos ou intermediários das agências) somente poderão ser ativos quando e se as Autoridades Centrais e os juízes do país de residência da criança estabelecerem com clareza que uma solução nacional para aquela criança não é mais possível ou desejável, visando sempre o bem estar concreto do menor e o respeito ao direito de manutenção do vínculo familiar de origem.

A Autoridade Central brasileira é a encarregada de verificar se a criança é adotável internacionalmente. Não basta que os interessados na ação tenham recebido da Autoridade Central Estadual a habilitação para adotar no Brasil. É, ainda, necessário certificar que não há interessados nacionais para aquela criança (LIBERATI, 2010).

Neste sentido, em 29 de abril de 2008 o CNJ editou a Resolução nº 54, instituindo o Cadastro Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades de Federação referentes à crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o transido em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados (LIBERATI, 2010).

Com a unificação dos cadastros, a intenção é esgotar todas as possibilidades de busca de pretendentes brasileiros para crianças que vivem em serviços de acolhimento antes de encaminhar sua adoção para famílias estrangeiras

O Cadastro Nacional da Adoção possibilita esta inclusão de pretendentes estrangeiros quando findadas as possibilidades de inserção em família substituta nacional. (LIBERATI, 2010).

Este princípio da subsidiariedade, contudo, pode ser afastado quando entrar em conflito com o melhor interesse da criança.

Buscando acima de tudo a dignidade dos menores, o processo de adoção pode preferir o direito de estrangeiros ao de nacionais quando o vínculo entre adotante(s) e adotando já está formado e se mostra benéfico a este.

Neste sentido, os julgados:

**AÇÃO RESCISÓRIA. ADOÇÃO INTERNACIONAL. RESCISÃO DE FATO CONSOLIDADA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR EM DETRIMENTO DAS FORMALIDADES. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E PROTEÇÃO ABSOLUTA.** 1. Compulsando os autos da ação, verifica-se que o Órgão Ministerial objetiva rescindir sentença prolatada por juiz monocrático nos autos de processo de adoção internacional, que se deu sem a observância de formalidades elencadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente. 2. Ocorre que, desde a data da interposição da ação em questão já se passaram 9 (nove) anos. **E não se pode olvidar que, diante deste vasto lapso temporal, entre a criança e seus pais adotivos foram criados laços afetivos e psicológicos.** 3. **Diante da situação fática que se encontra sobejamente consolidada, retirar a criança do seio familiar em que vive com aqueles que reconhece como pais há 9 (nove) anos configuraria uma medida demasiadamente violenta, ensejadora de danos ensejadora de danos irreversíveis, que iria de encontro ao princípio do melhor interesse da criança, bem como da prioridade absoluta.** 4. Em sendo assim, não se justifica decretar-se uma nulidade que se contrapõe ao interesse de quem teoricamente se pretende proteger. (AR 354598 PE 0003815-31.1998.8.17.0000. TJ-PE, Relator: Bartolomeu Bueno, data de Julgamento: 07/06/2011, 1ª Câmara Cível - grifo do autor)

**ADOCÃO INTERNACIONAL. PRESSUPOSTOS. EXCEPCIONALIDADE. CABIMENTO MESMO HAVENDO CASAS NACIONAIS.** A RELEITURA DA NORMA MENORISTA NÃO CONDUZ A INTERPRETAÇÃO DE QUE O CASAL ESTRANGEIRO, QUE PREENCHE OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DEVA SER ARREDADO, INVARIAVELMENTE QUANDO EXISTEM PRETENDENTES NACIONAIS, **PRINCIPALMENTE QUANDO JÁ DESENVOLVERAM FORTE AFETO AO MENOR, CUJO INTERESSE DEVE SER PRESERVADO.** CASOS ISOLADOS QUE ABALARAM O INSTITUTO DE ADOÇÃO INTERNACIONAL, NÃO DEVEM SERVIR COMO ESCUSA PARA FRUSTRAR O PEDIDO, SENDO INJUSTO OBSTAR QUE O INFANTE DESFRUTE DE MELHOR QUALIDADE DE VIDA EM PAÍS DESENVOLVIDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 28, 31, E 198, VII, ECA. APELAÇÃO PROVIDA. DECISÃO UNÂNIME. (AC 594039844 RS. Apelação Cível Nº 594039844, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 26/05/1994 - grifo do autor).

### 3 O DESAFIO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL

O estágio de convivência é de fundamental importância tanto para a criança ou o adolescente a ser adotado quando para a família adotante, sendo uma das exigências depois da apresentação da proposta de adoção.

Como define o §2º do art. 46 do ECA, o estágio será cumprido no território nacional, no prazo de, no mínimo, 15 dias para crianças de até 2 anos de idade e de, no mínimo, 30 dias para adotando acima de 2 anos.

Conforme a nova Lei 12.010 de 2009, o estágio de convivência não é mais obrigatório nos casos de o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (Art. 46, §1º do ECA).

Todavia, como observa Fabrício Zamprognia Matiello (2013), considerando-se o caráter excepcional da colocação de menores em família substituta estrangeira, esta é apenas admissível na modalidade de adoção, descabendo, portanto, guarda e tutela.

Desta forma, o estágio de convivência é fase obrigatória na adoção internacional. A dispensa do mesmo só se dará em três hipóteses: a primeira, e o adotando não tiver mais de um ano de idade, se o adotado for maior de 18 anos e se – qualquer que seja sua idade – o adotado já estiver em companhia do adotante durante o tempo suficiente para avaliação da convivência e da constituição do vínculo, quando trata-se de estrangeiros residindo temporariamente no Brasil (CÁPUA, 2009).

Para residentes no exterior – tanto brasileiros como estrangeiros – o estágio é obrigatório. O estágio consiste no período de adaptação, que depende da idade da criança e da simpatia criada entre ela e seus pretendidos pais. No caso de crianças mais velhas e de adolescentes, é prudente fixar um estágio de convivência mais dilatado, para que se dê tempo, sem pressões, para que o conhecimento mútuo permita o estabelecimento de vínculos.

Relevante lembrar que essas crianças e adolescentes, em sua maioria, já vivenciaram rejeições e rupturas e muitos foram, inclusive, alvo de maus-tratos e abuso (CÁPUA, 2009).

Havendo aceitação inicial do pedido de adoção, será providenciado o encontro da criança com o adotante: este virá ao Brasil para conhecer o menor, do qual já terá recebido informações, como o histórico médico e psicossocial, entre outras.

Este estágio será supervisionado pela equipe interprofissional da Vara de Infância e da Juventude, que apresentará relatório ao final do prazo estipulado pelo Juiz.

A medida tem aspectos positivos, visto que impõe ao adotante vir ao Brasil encontrar o adotando, conhecendo-o antes da formalização do vínculo, permitindo também que a equipe

técnica de apoio ao juiz avalie se haverá possibilidade de harmonia entre as partes e se realmente um relacionamento semelhante ao da filiação poderá desenvolver-se entre eles (CÁPUA, 2009).

A lei não estabelece um teto máximo para o período de convivência, ficando a critério do juiz. É claro que há o risco de nenhum estrangeiro se submeter a longos períodos afastado de seus afazeres em seu país de origem para aguardar o desfecho do processo de adoção. Por isso, a prática demonstra que os juízes das Varas da Infância e da Juventude têm atuado criteriosamente, optando por prazos mínimos.

Este período de convivência é imprescindível para os adotantes. Durante o período, os mesmos tomam contato com direito com as necessidades e os direitos da criança. Um de seus objetivos é “quebrar” as expectativas e fantasias irreais dos futuros pais, dando-lhes uma visão ampla e franca do fardo da paternidade.

#### **4 A POLÊMICA DA CORRELAÇÃO DA ADOÇÃO POR ESTRANGEIROS E CRIME DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.**

Uma das grandes preocupações que permeia a adoção internacional é a incerteza do destino do adotado. Como já mencionado anteriormente neste estudo, é difícil garantir a efetividade da proteção e acompanhamento da criança no país estrangeiro.

Não é à toa que a Convenção de Haia de 1993, em seu prólogo, referencia que suas disposições se angariam na “*necessidade de prever medidas para (...) prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças*”.

Estes crimes são parte da realidade internacional e, embora adoção internacional e tráfico internacional de crianças sejam formas de agir inteiramente distintas e encontrem-se em polos opostos – enquanto o primeiro busca o bem e melhor interesse da criança, o segundo é atuação atroz que objetifica os menores, desconsiderando seu bem-estar - ambos estão interligados por se destinarem à colocação de crianças em lares substitutos no exterior.

O tráfico de crianças não deve ser confundido com a simples adoção irregular, comumente chamada adoção à brasileira.

Adoção à brasileira, conforme Fabrício Zamprognia Matiello (2013), consiste em registrar como seu o filho de outra pessoa, objetivando evitar a necessidade de realizar formalmente a adoção. É um atalho que ignora as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessária à proteção especial que deve recair sobre o interesse do menor.

Contudo, estes casos de adoção irregular tendem a ser consequência de desmazelo e indolência por parte dos adotantes - que consideram mais fácil esta conduta do que procurar os meios judiciais - e não da ilicitude de seu fim, o qual é o mesmo de uma adoção regular: tornar-se pai/mãe.

Já o tráfico de seres humanos é crime dos mais bárbaros, no qual pessoas são vendidas em situação homóloga a de escravas. Atingindo especialmente de mulheres e crianças, consiste em um mercado exercido por grupos de criminosos que visam os altos lucros e baixos riscos inerentes à atividade, apoiando-se na aparente cegueira com que muitos governos lidam com o problema de migração internacional e exploração sexual comercial (CÁPUA, 2009).

Após denúncia do deputado francês Leon Schwarzember no Parlamento Europeu, em 1992, houve intensos debates sobre o tráfico internacional de crianças correlacionado com a adoção internacional. O deputado relatou que, na Itália, entre 1988 e 1992, apenas mil de um total de quatro mil crianças brasileiras adotadas irregularmente permaneciam vivas (JESUS, 2003).

Desde então, muitas denúncias foram feitas, e a questão da adoção internacional tornou-se matéria urgente no Brasil. As estimativas do Governo Federal eram alarmantes, indicando que, entre os anos de 1980 e 1990, 19.071 crianças haviam sido adotadas por famílias americanas e europeias - e sua situação, após a adoção, era uma incógnita (JESUS, 2003).

O Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança de 1989 que trata da Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil traz uma definição precisa para o crime:

- a) A venda de crianças significa qualquer ato ou transação nos quais uma criança é transferida por qualquer pessoa para outra mediante remuneração ou qualquer outra consideração.

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, concluído em outubro de 1980, em Haia, prevê medidas para a hipótese de a mudança de domicílio se tornar prejudicial à criança ou de haver qualquer ilicitude envolvida. O art. 1º estabelece em seus objetivos:

- a) assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou dele retiradas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva, nos outros Estados contratantes, os direitos de custódia e de visitas existentes num Estado contratante.

O ECA prevê punição para pessoas envolvidas no tráfico internacional de crianças:

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Porém, a penalidade se torna inexpressiva no contexto das vidas humanas em desenvolvimento que são abaladas. Crianças e adolescentes vítimas do tráfico internacional dificilmente são resgatas e reinseridas em ambiente saudável, e, mesmo alcançando-se esta condição, é evidente que o trauma causado gravará para sempre a vida dos menores.

Por este motivo, as medidas tomadas pelos Estados e organizações internacionais devem ser sempre destinadas à prevenção do ato, evitando que o problema ocorra antes de necessitar corrigi-lo – pois nem todas as duas consequências são remediáveis.

É a partir deste raciocínio que as leis que regulamentam a adoção internacional sofreram, nos últimos anos, profunda burocratização. É evidente que tornar o processo mais complexo por muitas vezes dificulta a adoção de estrangeiros de boa índole que desejem realmente acolher crianças brasileiras em seus lares e se tornarem bons pais.

Contudo, facilitar o processo pode permitir à adotantes que não possuam estas nobres intenções de desviarem-se da proteção estatal, e – considerando-se a gravidade das consequências para criança caso isto ocorra – o legislador optou pelo meio que melhor garante a integridade das crianças e adolescentes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Maria Berenice Dias (2015) entende que a Lei da Adoção regulamentou a adoção internacional de forma tão exaustiva e burocratizada, impondo tantos entraves e exigências, que tornaram difícil para um estrangeiro conseguir adotar um menor brasileiro.

Segundo a autora, o objetivo pareceu mesmo o de vetar a ocorrência do instituto, visto que os labirintos impostos transformaram-se em barreiras intransponíveis para que desafortunados brasileiros tenham a chance de encontrar um futuro melhor fora de sua terra natal.

Já na opinião de Wilson Donizeti Liberati (2010), o procedimento previsto para esta modalidade de adoção, até há pouco tempo sem uma uniformização definida, preocupa-se mais com os desejos e ansiedades dos adotantes do que com as necessidades das crianças. Em vista disso, vê-se um resultado inadequado dessas colocações em famílias substitutas.

O autor refere que há ainda uma vasta gama de problemas sociais e jurídicos, como, por exemplo, a inabilidade dos países de acolhida em demonstrarem reconhecimento legal às adoções efetivadas por seus cidadãos, gerando conflitos de nacionalidade e de direitos de cidadania – aspecto analisado mais adiante neste estudo.

Mesmo que munidos de fundados argumentos e justas preocupações, nenhum dos supracitados autores pareceu, no entanto, considerar devidamente as garantias impostas pela Convenção de 1993 e absorvidas pelo ECA para proteção integral dos menores.

O processo atual, com todas as suas exigências, demonstra competência para certificar que os direitos fundamentais das crianças estão sendo respeitados, sem, no entanto, impedi-las de receberem lares do exterior que lhes propiciem afeto e qualidade de vida para se desenvolverem.

A Convenção de Haia de 1993 apresentou um grande avanço no tocante à integração das nações para discussão desses assuntos de interesse maior, e o Brasil tem se mostrado muito atuante e colaborativo no cenário internacional.

É inegável a necessidade de criação de organismos que façam a intermediação da adoção transnacional, pois não se consegue aferir a possibilidade de adoção a uma família estando ela residente em outro lugar, longe dos olhos do aplicador do direito.

Somente com uma estrutura que realmente faça essa integração é que se pode deferir uma adoção com a certeza de que aquele menor está sendo inserido em um lar de verdade.

Evidenciou-se, pela afastabilidade do quesito de subsidiariedade, que o superior interesse da criança adotada será sempre a principal exigência a reger as adoções transacionais.

Conclui-se, desta forma, que é positivo o avanço legislativo que busca proteger a integridade do menor e garantir que seu destino no exterior componha uma família que lhe acolha dedicadamente e preze por seu pleno desenvolvimento. Os passos dados até aqui foram benéficos e, na maioria dos casos, acertados, pois o legislador manteve em vista o melhor interesse do menor.

Há, porém, ainda muito o que se discutir e evoluir. A exploração de menores apresenta um grave problema atualmente, de difícil controle e grande atrativo para criminosos, considerando a enorme fonte de renda para aqueles que dela se aproveitam.

Por estes motivos, a busca pela minimização do tráfico e venda de menores não deve cessar, e esta missão não poderá ser enfrentada senão com a colaboração entre todas as nações

envolvidas. É necessário que cada Estado colabore e prime por regulamentar adequadamente o processo de adoção internacional e defender as garantias fundamentais dos menores em primeiro lugar.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal 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: 25 de julho de 2016;

BRASIL, **Código Civil - Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 25 de julho de 2016;

BRASIL, **Decreto 0592: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 14 de agosto de 2016;

BRASIL, **Decreto 3097: Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, 1993**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm)>. Acesso em 28 de agosto de 2016.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 28 de julho de 2016;

BRASIL, **Lei da Adoção – Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12010.htm)> Acesso em: 2 de agosto de 2016.

BRASIL, **Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 6 de setembro de 2016.

BRASIL, **Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança de 1989 sobre Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, 1999**. Disponível em: <[http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional\\_protocol\\_por.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional_protocol_por.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

CÁPUA, Valdeci Ataíde. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais**. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2009;

COLLET, Carme Salete. **Adoção internacional: Aspectos jurídicos e sociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014;

COSTA, T.J.M. **Adoção Internacional: um estudo sociojurídico e comparado da legislação atual.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

COULANGES, F. de. A cidade antiga. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Editora Ediouro. Rio de Janeiro. 2004. Pág. 78. In: CÁPUA, Valdeci Ataíde. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais.** 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume 6: Direito de Família.** 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013;

JESUS, D. E. de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças.** Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003;

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Manual de adoção internacional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010;

MARQUES, Cláudia Lima. A Convenção de Haia de 1993 e o regime de adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil brasileiro em 2002. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. **Manual de adoção internacional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009;

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado.** 5ª Edição. São Paulo: Editora LTr, 2013;

ONU, **Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948.** Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 12 agosto de 2016;

ONU, **Declaração dos Direitos da Criança, 1959.** Disponível em: <[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

## ROTULAGEM DOS VINHOS – DIREITO À INFORMAÇÃO NUTRICIONAL E A (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

### LABELING OF WINES - RIGHT TO NUTRITIONAL INFORMATION AND THE (IN) APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF SPECIALTY

*Roberto Siquinel\**

**Palavras-chave:** Informação; Nutricional; Rotulagem; Vinho; Consumidor; Antinomia;

**Resumo:** O presente artigo verificou se a legislação nacional ampara o consumidor em seu direito quanto às informações nutricionais nos rótulos de vinho. Também analisou recente decisão transitada em julgado do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, em especial no que se refere a aparente antinomia jurídica, isso porque a Corte de Julgamento afastou o Código de Defesa do Consumidor por entender que outras normas são especiais e que devem tratar do tema.

**Keywords:** Information; Nutritional; Labeling; Wine; Consumer; Antinomy;

**Abstract:** This Article has verified whether national legislation protects consumers in their right to information on nutrition information on wine labels. It also analyzed the recent final decision of the Superior Court of Justice on the subject, in particular with regard to the apparent legal antinomy, because the Court of Appeal dismissed the Consumer Defense Code because it understood that other rules were special and that they should Address the issue.

## 1 INTRODUÇÃO

O vinho é, sem dúvida, um produto diferenciado, seja por suas características únicas de produção, seja pela elegância que envolve o ato de sua degustação e consumo. Objeto de inspiração para poetas como Mario Quintana, que escreveu “Melhor Vinho”<sup>1</sup>, ou Pablo Neruda

\* Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania na Unicritiba – Centro Universitário Curitiba. Email: [robertosiquinel@gmail.com](mailto:robertosiquinel@gmail.com). Telefone: (41) 99973-1655. Currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4334561U3>

<sup>1</sup> Só Por um mais raro que seja, ou mais antigo, excelente

com seu “Oda al Vino, essa bebida deixa o ambiente festivo mais “alegre”. Evidente que o álcool, que nos vinhos pode variar de 7% a 14% segundo a legislação brasileira, ao ser ingerido pode causar transformações no comportamento do ser humano, a ponto de até mesmo o mais tímido ficar descontraído e falar de forma aberta e sincera seus assuntos mais secretos. Por isso os antigos romanos diziam: “*in vino veritas*”, ou seja, “a verdade está no vinho”. Essa bebida, em especial o vinho tinto, também é dotada de efeitos terapêuticos capazes de retardar o envelhecimento e melhorar o sistema cardíaco e circulatório, se ingerida de forma adequada e regular, evidentemente.

O Brasil é o quinto maior produtor da bebida no Hemisfério Sul, segundo o site <http://www.winesofbrasil.com>, chegando a 89.000 hectares de uvas. Ao todo são mais de 150 grandes vinícolas espalhadas pelo país, produzindo vinhos finos e de mesa, tendo ainda outras cerca de 1.000 vinícolas familiares que se dedicam a vinhos de mesa ou artesanais.

No que se refere ao consumo dessa bebida, no entanto, segundo o site da Wine Institute, o Brasil ocupa a 96ª posição no mundo. Cada brasileiro, em média, consome módicos 1,79 litros por ano ([www.wineinstitute.org](http://www.wineinstitute.org)). Em primeiro lugar está o Vaticano, com 54,78 litros por pessoa/ano. Nossa vizinha Argentina está na 20ª posição, com 23,74 litros por pessoa/ano. No Brasil, de acordo com estudos do IBRAVIN Instituto Brasileiro do Vinho, ainda impera o consumo de cerveja, que representa 38% das vendas de bebidas alcoólicas, seguido exatamente pelo vinho, com 21% da preferência nacional.

Mas mesmo com um consumo considerado baixo por pessoa, e assim o é por ser considerado um produto de luxo para a maioria dos brasileiros, em termos gerais o volume de vendas dessa bebida em nosso país é significativo. Segundo o site [revistaadega.uol.com.br](http://revistaadega.uol.com.br), em notícia publicada em 10.02.2016, o Brasil, em 2015, vendeu 246 milhões de litros de vinho, representando um aumento de 6,9% em relação a 2014. Além da produção nacional, o vinho importado ganhou as mesas dos brasileiros, em especial o chileno. As importações da bebida desse nosso vizinho representaram negociações significativas entre os países.

O vinho é, sem dúvida, uma bebida conhecida e admirada mundialmente. E é também um produto de extrema importância para o mercado. A produção mundial de vinho em 2014 foi

---

*Aquele que tu bebes, docemente,*  
*Com teu mais velho e silencioso amigo.*

de 27.000 milhões de litros, tendo a França como maior produtor e os EUA como a maior consumidor, movimentando cifras de valores espantosas.

Desta forma, por ser considerado um produto diferenciado e ao mesmo tempo representar um volume bastante significativo de negócios no mercado brasileiro, a legislação federal o disciplina de forma específica.

Dentre as principais normas destacam-se a Lei nº 7.678/1988, que dispõe sobre a produção, circulação e comercialização do vinho e derivados da uva e do vinho, e o Decreto nº 8.198/2014, que regulamenta a mencionada lei federal, disciplinando, em seu artigo 15, as informações obrigatórias que devem constar do rótulo do produto, a fim de que o adquirente tenha plena ciência quanto às características da bebida que consome.

E esse é ponto que fomentou a elaboração do presente artigo: as informações nutricionais nos rótulos das garrafas de vinhos são suficientes para esclarecer o consumidor de forma eficaz e transparente?

A informação é, sem dúvida, um direito fundamental do consumidor, mas ele é respeitado pelos fornecedores de vinho e exercido amplamente pelos consumidores da bebida?

As indagações ficaram mais perturbadoras quando a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em outubro passado, no Recurso Especial nº 1.605.489-SP, deu provimento ao recurso da Vinícola Perini Ltda. (uma das 150 grandes vinícolas do Brasil) para afastar o Código de Defesa do Consumidor e reconhecer que não é obrigatório constar no rótulo do vinho a quantidade de sódio ou de calorias (valor energético). Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a Resolução-RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003, de autoria da Diretoria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que tornou obrigatória a rotulagem nutricional de alimentos embalados e comercializados nos países integrantes do Mercosul, excluiu as bebidas alcoólicas, o que justificaria eximir a mencionada vinícola (e criar jurisprudência para todas as outras) de declarar no rótulo as propriedades nutricionais do vinho que produz.

Observou-se então um contracenso, pois ao mesmo tempo em que os cardiologistas recomendam a ingestão moderada de vinho para ajudar no sistema circulatório, regular o colesterol, a glicose e até mesmo prevenir contra alguns tipos de câncer, o consumidor não pode exigir do fornecedor a informação a respeito das calorias que o vinho tem, ou ainda, a quantidade de sódio nele constante.

A cada ano 1,6 milhões de pessoas morrem no mundo por conta do sódio. A hipertensão e a obesidade são problemas de saúde que estão cada vez mais acentuados em nossa sociedade, e mesmo assim a Corte de Justiça entende pelo afastamento da obrigatoriedade de

constar no rótulo informações deveras importantes, sob a justificativa de que há norma autorizando tal conduta. Eis que então surge mais uma indagação: em um caso como o presente é possível invocar o princípio da especialidade, afastando-se o Código de Defesa do Consumidor e aplicando-se restritivamente as normas que tratam do vinho e da rotulagem de alimentos, mesmo que com isso sejam omitidas informações nutricionais importantes?

Sem a mínima pretensão de responder exaustivamente as questões acima, tendo em vista que o tema demandaria um estudo mais abrangente, o presente artigo tem o objetivo de apresentar alguns apontamentos que poderão, quiçá, esclarecer de modo singelo qual regra deve ser aplicada diante de um aparente conflito, bem como indicar o direito que poderá ser invocado pelo consumidor na busca de uma tutela de proteção.

Inicialmente, tratar-se-á da informação como um direito fundamental do consumidor, bem como a importância, para o consumidor, das informações nutricionais constantes dos rótulos dos produtos.

Em seguida, e de forma bastante breve, serão apresentadas as normas específicas que tratam do vinho e seus derivados, bem como detalhada a normatividade em relação às informações que deverão constar no rótulo da mencionada bebida.

Abordar-se-á, ainda, o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, representado pelo Recurso Especial nº 1.605.489-SP, a fim de situar a problemática existente hoje, que na visão das associações de defesa dos consumidores tem afetado o direito à saúde e informação dos consumidores de vinhos, sucos de uva e seus derivados.

No último item pretender-se-á discorrer sobre o princípio da especialidade e sua aplicabilidade ou não quando se tratar de informações em rótulos de produtos, em específico quanto aos valores nutricionais do vinho, se deverão ou não constar no rótulo.

O texto que serviu com embasamento do presente trabalho foi um artigo de Paulo Luiz Netto Lôbo, intitulado A informação como direito fundamental do consumidor, publicado na Revista de Direito do Consumidor. RDC 37/59 – jan.-mar./2001.

Para a elaboração do presente artigo foi realizada uma revisão bibliográfica, análise da legislação e estudo da jurisprudência, utilizando-se do método indutivo, visto que a pesquisa iniciou a partir do caso específico da ausência de informação nos rótulos do vinho abrindo-se as indagações se seria possível a exclusão de informação em outros produtos, mesmo que se trate de mercadorias vendidas diretamente ao consumidor.

## 2 A INFORMAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR – DETALHAMENTO NUTRICIONAL NOS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS NO BRASIL

O direito à informação do consumidor está consagrado no artigo 6º, inciso III, da Lei nº 8.078/1990, referindo-se a um direito “básico” a obtenção de informação adequada e clara sobre as características e composição dos produtos e serviços consumidos. É, sem hesitar na afirmação, um dos pilares do direito do consumidor.

Nas normas mundiais voltadas as relações de consumo há especial atenção à informação que deve chegar ao consumidor, pois em qualquer país os problemas dessa natureza são comuns, e no dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo (2001), merecem soluções comuns.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XIV, consagra o acesso à informação como direito e garantia fundamental, assim como o faz a Constituição Portuguesa, em seu artigo 60º.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2001) diz ainda que o dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial.

No que se refere a esse direito, não resta qualquer dúvida de que os alimentos e bebidas tem um grau de prioridade maior, pelo fato de se tratarem de produtos que são ingeridos no organismo humano, podendo causar efeitos colaterais agressivos caso em sua composição estejam presentes elementos prejudiciais à saúde, seja pela natureza do componente, excesso ou ausência.

O Código de Defesa do Consumidor, em seguidas passagens dedica especial atenção à saúde e segurança do consumidor, inclusive estabelecendo prazos prescricionais de 5 (cinco) anos para o exercício do direito de ação em casos de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

Em relação às informações nos rótulos dos produtos alimentícios, indaga-se se são suficientes para esclarecer os consumidores quanto à composição nutricional, e se isso é levado em conta no momento da compra.

Estudo realizado em 2008 e publicado na Revista Panam Salud Publica, identificou e discutiu a produção acadêmica (teses e dissertações) sobre a rotulagem de alimentos industrializados no Brasil. Ao todo foram identificados 49 (quarenta e nove) estudos que abordavam a temática, sendo que os resultados apontaram que há normas suficientes para

obrigar os fornecedores a prestarem as informações necessárias nos rótulos aos consumidores, mas que diante da ausência de fiscalização, a maioria dos estudos mostrou que referidas normas são frequentemente descumpridas e banalizadas.

Em 57,2% dos estudos a ideia central foi a adequação dos rótulos de produtos alimentícios à legislação específica. Outros 22,4% dos trabalhos referiam-se a compreensão dos rótulos de alimentos pelos consumidores e outros 20,4% trataram da rotulagem de organismos geneticamente modificados.

Os estudos voltados à identificação da veracidade das informações constantes dos rótulos apontaram um grande número de inadequações, em especial quanto aos valores nutricionais, mesmo considerando a tolerância de 20% permitida pela ANVISA.

Ainda, as informações constantes dos rótulos, além de insuficientes quanto às informações nutricionais, são utilizadas como estratégia para influenciar o consumidor no momento da compra, através da mídia, da propaganda ou da publicidade.

Um dos estudos analisados no trabalho publicado na Revista Panam Salud Publica<sup>2</sup> apontou que apenas 23,6% dos consumidores entrevistados modificaram os seus hábitos alimentares face às informações presentes nos rótulos, enquanto a maioria (62,2%) afirmou desconhecer a rotulagem nutricional. Ou seja, a influência da rotulagem nutricional sobre o consumidor ainda é incipiente, demonstrando a necessidade de implementação de ações educativas que esclareçam aos consumidores a importância de considerar as informações nutricionais como elemento determinante para a compra e o consumo dos alimentos.

Evidente que os fornecedores têm conhecimento de que as informações nutricionais pouco influenciam o consumidor no momento da compra, o que implica dizer que nenhum esforço farão para implementar informações adicionais às já constantes, visto que não refletirá economicamente em suas vendas. Da mesma forma sabem eles que incluir a composição nutricional dos alimentos e bebidas nos rótulos de seus produtos pode lhes gerar um custo maior, desde a análise biológica do alimento ou bebida, até a modificação dos rótulos. E para concluir, têm plena ciência da inoperância da fiscalização do Poder Público. Logo, não há qualquer força resistente contrária aos interesses dos fornecedores que os obrigue a voluntariamente cumprir a lei e prestar as informações adequadas.

<sup>2</sup> Câmara MCC, Marinho CLC, Guilam MC, Braga, AMCB. A produção acadêmica sobre a rotulagem de alimentos no Brasil. Rev. Panam Salud Publica. 2008; 23(1):52-58

### 3 AS REGRAS PRÓPRIAS DA PRODUÇÃO, CIRCULAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DO VINHO NO BRASIL – ROTULAGEM EM LEI ESPECIAL

Conforme relatado na introdução do presente artigo, dentre as principais normas que tratam do vinho destacam-se a Lei nº 7.678/1988, que dispõe sobre a produção, circulação e comercialização da referida bebida, bem como dos derivados da uva e do próprio vinho, e o Decreto nº 8.198/2014, que regulamenta a mencionada lei federal, disciplinando, em seu artigo 15, as informações obrigatórias que devem constar do rótulo do produto, a fim de que o adquirente tenha plena ciência quanto às características da bebida que consome.

A considerar a temática abordada, daremos ênfase ao que dispõe o Decreto nº 8.198/2014 sobre a rotulagem do vinho.

O artigo 15 da referida norma dispõe que rótulo é toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva, gráfica, escrita, impressa, estampada, afixada, gravada ou colada, vinculada à embalagem, de forma unitária ou desmembrada sobre a embalagem do vinho, a parte plana da cápsula ou sobre outro material empregado na vedação.

Já o artigo 16 da mesma norma legal determina que no rótulo do vinho, sem prejuízo de outras disposições de lei, deve conter dizeres com o nome empresarial do produtor ou elaborador, do padronizador, do envasilhador ou engarrafador ou do importador, assim como o endereço do estabelecimento desses sujeitos, a classificação do estabelecimento de industrialização, o número do registro do produto no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a denominação e a classificação do produto, a marca comercial, os ingredientes, a expressão “indústria brasileira”, o conteúdo expresso na unidade, a graduação alcoólica expressa em porcentagem, o grau de concentração e a forma de diluição, quando se tratar de produto concentrado, a identificação do lote ou da partida, o prazo de validade e a frase de advertência, conforme estabelecida em legislação específica.

Merece especial atenção, em nossa opinião, o disposto no §3º do artigo 16, a qual diz que o rótulo dos vinhos não deve conter informação que suscite dúvida ou que seja falsa, incorreta, insuficiente ou que venha a induzir a equívoco, erro, confusão ou engano, em relação à identidade, composição, classificação, padronização, natureza, origem, tipo, qualidade, rendimento ou forma de consumo do vinho.

A considerar a redação dos dispositivos acima, poder-se-ia interpretar que o referido Decreto nº 8.198/2014, que regulamenta a Lei nº 7.678/1988, é suficiente para obrigar as vinícolas a informar ao consumidor os valores nutricionais mediante dizeres no rótulo da

mencionada bebida. Ao estabelecer, em seu artigo 16, § 3º, que deve conter no rótulo a composição do produto, em obediência ao contido no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, concluir-se-ia que o valor energético e a quantidade de sódio, por exemplo, deveriam constar expressamente do rótulo, a fim de que o consumidor possa deles ter conhecimento.

Entretanto, como exposto anteriormente, nos rótulos dos vinhos vendidos no Brasil não há, via de regra, as informações nutricionais necessárias.

E a ausência dessas informações já foi objeto de discussão judicial, conforme será demonstrado em capítulo posterior. A resolução da lide foi dada pelo Superior Tribunal de Justiça, que invocou uma norma administrativa para afastar, tanto a lei que trata especificamente do vinho, quanto o próprio Código de Defesa do Consumidor.

A norma invocada pelo Poder Judiciário foi a Resolução – RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003, de autoria da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que regulamenta a lei nº 6.437/1977, e que tornou obrigatória a rotulagem nutricional de alimentos embalados e comercializados nos países integrantes do Mercosul.

A RDC nº 360, em seu artigo 2º é categórica ao estabelecer que na rotulagem nutricional devem ser declarados valor energético, carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e sódio. Entretanto, o anexo à referida resolução, denominado “Regulamento Técnico sobre Rotulagem Nutricional de Alimentos Embalados”, que se aplica à rotulagem nutricional<sup>3</sup> dos alimentos produzidos e comercializados, qualquer que seja sua origem, embalados na ausência do cliente e prontos para serem oferecidos aos consumidores, expressamente dispõe que às bebidas alcoólicas a referida norma não se aplica, ou seja, pelo entendimento da ANVISA, nos rótulos de vinho não são necessárias as informações nutricionais.

Diante do aparente conflito entre as normas ditas especiais que tratam do vinho e o Código de Defesa do Consumidor, eis que ressalta a questão da antinomia jurídica, que merece tratamento em capítulo a parte.

<sup>3</sup> Toda descrição destinada a informar ao consumidor sobre as propriedades nutricionais de um alimento.

#### 4 INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À ROTULAGEM DO VINHO – AFASTAMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Vinícola Perini Ltda., um das grandes vinícolas produtoras de vinhos finos no Brasil foi alvo de uma ação civil pública proposta pela Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor.

A entidade, em sua ação apontou violação ao artigo 6, III, e 31 do Código de Defesa do Consumidor em virtude da omissão de informações essenciais, tais como as calorias e a quantidade de sódio existente no vinho, e que deveriam constar dos rótulos da bebida comercializada pela vinícola.

O Ministério Público estadual opinou pela improcedência da ação, sob o fundamento de que a regulamentação quanto às informações dos rótulos dos produtos é realizada pela ANVISA e que basta o alerta para que o consumo do vinho seja realizado com moderação. Ademais, sustentou que seriam informações excessivas.

Em primeiro grau a ação foi julgada improcedente, e como fundamento da decisão o juízo do primeiro grau sustentou que se os rótulos da bebida passaram pelo crivo do Ministério da Agricultura e atendem aos padrões por ele estabelecidos nada mais há que se exigir da vinícola demandada.

Entretanto, por força de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a integralmente a sentença, enfatizando que não se pode esquivar do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, porque o fato de lei federal específica e seu decreto regulamentador deixarem de ordenar a inserção da informação que se pretende fazer constar dos rótulos das garrafas comercializadas pela Vinícola Perini não a exime de cumprir a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor que impõe a defesa do consumidor.

A vinícola apresentou recurso especial e nele argumentou que as instruções normativas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que estabelecem os procedimentos e padrões a serem seguidos pelas empresas produtoras, importadoras, distribuidoras de vinhos para rotulagem de seus produtos não prevê a indicação de quantidade de sódio e calorias.

Ainda, em seu recurso extremo, a produtora de vinhos ressaltou que “*não há na legislação nenhuma norma que determine a indicação de calorias do vinho*” e que “*a obrigatoriedade das informações exigidas pela recorrida somente pode ser aferida pelo Estado no exercício regular do Poder de Polícia Sanitária*” Por fim, a vinícola apontou em sua peça

recursal que *“as bebidas alcoólicas são excluídas, pela ANVISA do Regulamento RDC 360/2003 que trata de rotulagem de alimentos”*.

Embora inadmitido na origem, por força de agravo de instrumento o recurso especial foi admitido pelo ministro relator e em outubro próximo passado ocorreu o julgamento, que deu provimento ao especial para afastar a obrigatoriedade da vinícola de incluir no rótulo do vinho as informações nutricionais.

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, entendeu que a rotulagem do vinho atende estritamente às normas administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização governamentais e que a legislação aplicável ao caso não obriga a vinícola a inserir nos rótulos das bebidas que comercializa (vinho) informações acerca da quantidade de sódio ou de calorias (valor energético) contida no produto.]

Enfatizou a Corte de Julgamento que o consumidor, antes de adquirir o vinho, já recebe a informação adequada e completa exigida por lei específica, que na visão dos ministros é suficientemente apta a cumprir com a finalidade de prevenção de danos à saúde. Complementaram dizendo que o rótulo do vinho é uma forma de comunicação entre produtores e consumidores e que é um padrão mundial. Ao citar o Direito Comparado, a terceira turma invocou a regulação nº 1.169/2011 da União Europeia acerca do direito de informação aos consumidores quanto ao valor nutricional e aos ingredientes de alimentos adquiridos, mencionando que também essa norma excluía as bebidas alcoólicas.

Ainda como fundamento para sua decisão, o Superior Tribunal de Justiça classificou o vinho como um alimento diferente de todos os outros pelo fato de não possuir fórmula certa e ter características tão próprias que dificultariam a informação nutricional, bem como salientou que caso a demanda fosse julgada procedente, obrigando a Vinícola Perini a incluir nos rótulos os valores nutricionais do vinho, em especial os carboidratos e o sódio, referida empresa ficariam em desvantagem comercial com relação às suas concorrentes, visto que a obrigação eventualmente a ela imposta demandaria um custo de logística operacional.

Por fim, o tribunal enfatizou que a exigência de informações adicionais pontualmente à Vinícola Perini violaria frontalmente o livre exercício de determinada atividade econômica, e que não caberia ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, substituir-se à lei especial e suas normas técnicas regulamentadoras, criando, indiretamente, obrigação restrita às partes, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

É de se ressaltar que na ementa do acórdão constou que inexistiu obrigação legal de se inserir nos rótulos dos vinhos informações acerca da quantidade de sódio ou de calorias; não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao caso ante o princípio da especialidade; a rotulagem dos produtos que a Vinícola Perini fabrica atende estritamente às normas administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização governamentais, tendo obtido sua aprovação junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Em consulta realizada no site do Superior Tribunal de Justiça constatou-se que a mencionada decisão transitou em julgado em 14 de novembro de 2016, o que implica em precedente jurisprudencial para todas as demais vinícolas do país.

Não é objeto do presente artigo tratar ponto a ponto dos fundamentos da decisão proferida pela Corte de Julgamento, cabendo apenas no plano jurídico a análise quanto ao afastamento do Código de Defesa do Consumidor sob o argumento da aplicação de lei especial.

## **5 O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO – ANTONOMIA JURÍDICA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE VINHO**

O presente caso reflete uma aparente contrariedade entre normas jurídicas, a chamada antinomia jurídica. A princípio há duas ou mais regras disciplinando sobre o mesmo assunto, umas mais específicas do que as outras, mas que não por isso devem se sobrepor a elas.

É possível que haja uma norma específica, mas que segue na contramão de outra que, embora mais abrangente, disciplina a relação entre os sujeitos e tudo que nela envolve.

A relação de consumo é um exemplo dessa aparente antinomia. Embora as regras específicas sobre determinadas relações, aparentemente possam prevalecer, podem ser conflitantes com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, e dada a presunção de vulnerabilidade do consumidor, aplicar-se-á esta no lugar daquelas.

Observe-se o caso da lei nº 8.245/1991, que trata da locação. Evidente que uma relação locatícia será a mencionada norma aplicável integralmente, até mesmo por disciplinar sobre questões pontuais que o CDC sequer teria condição de prever. Assim, havendo uma relação de locação entre particulares (não fornecedores), afasta-se o CDC e aplica-se tão somente a lei de locações. Mas quando a locação é realizada por uma imobiliária, que tem essa atividade como sua ocupação principal, habitual, entende-se que a locatária caracterizar-se-á como legítimo fornecedor. De outro lado tem-se o locador, que na relação jurídica passa a ser considerado um

consumidor daquele serviço. Na hipótese de haver algum conflito entre as partes, aplicar-se-á exclusivamente a lei de locações ou é possível invocar o Código de Defesa do Consumidor, que em sua gênese tem o direito do consumidor vulnerável?

Se uma norma exclui as bebidas alcoólicas da obrigatoriedade de constar em seu rótulo as informações nutricionais, como o faz a resolução da ANVISA, e ao mesmo tempo um decreto federal diz que devem constar no rótulo todos os componentes da bebida, ou ainda, o Código de Defesa do Consumidor (lei federal), que disciplina um princípio constitucional, determina que ao consumidor deverão ser prestadas todas as informações quanto às características e composição dos produtos, qual regra deve ser seguida?

Nas lições de Robert Alexy, diferentemente da colisão de princípios, onde o que tem maior peso no caso concreto deve prevalecer em relação ao outro, sem, contudo, invalidá-lo, quando se trata de colisão de regras, em não havendo possibilidade de se caracterizar a exceção, uma das regras deve ser considerada inválida pelo juiz.

Atualmente, nos rótulos dos vinhos comercializados no Brasil não constam as informações nutricionais, em especial a quantidade de sódio e valor energético. As vinícolas estão amparadas na resolução da ANVISA e em que pese discussões judiciais a respeito tenham sido travadas, até o momento o Superior Tribunal de Justiça deu ganho de causa aos produtores e importadores de vinho, afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Com o respeito que a Corte de Justiça merece, entende-se que não se pode fazer prevalecer uma norma administrativa em detrimento de um regramento criado para disciplinar as relações de consumo.

Luis Alberto da Costa, em artigo publicado na Revista Jus Navegandi, citando Ferraz, assim dispôs:

Uma norma, ainda que se caracterize como norma geral, não pode ter sua aplicabilidade excluída em uma relação jurídica simplesmente por esta ser regida por norma especial, pois a aplicação concomitante de normas gerais e especiais é uma algo absolutamente comum ao ordenamento, a menos que haja duas regras dispostas de forma contrária e inconciliável sobre a mesma situação fática, e nesse caso, a inaplicabilidade seria tão somente da regra em conflito, mas não, obviamente, de toda a lei. O CDC é norma especial, reguladora de relações jurídicas especiais, caracterizadas pela vulnerabilidade de um sujeito (consumidor) em face do outro sujeito (fornecedor) da relação, situação de desigualdade, que mereceu do constituinte uma tutela específica, que busca neutralizar esse desequilíbrio e promover em favor do consumidor uma igualdade fática. Com isso, entre o CDC e a lei 8.245/91, que também é norma especial, não há relação de gênero/espécie, pois as duas leis são especiais e tratam de aspectos diferentes da mesma relação jurídica, ou seja,

uma não é especial em relação a outra; Antinomias entre duas normas especiais, que não guardam entre si a relação de gênero/espécie, fogem ao alcance dos critérios tradicionais, e, assim, requerem uma solução baseada na unidade sistemática do ordenamento, em um sentido unívoco de compreensão do direito, determinado pela Constituição. E, se o direito do consumidor é um direito social-fundamental-especial, sendo assim, uma situação jurídica definida pela Constituição e que não pode ser modificada pelo legislador infraconstitucional, muito menos pelo aplicador do direito, a antinomia posta em questão só poderá ser resolvida em benefício do consumidor, isto é, deve-se aplicar a norma mais favorável ao consumidor, sob pena de afronta direta ao inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal.<sup>4</sup>

A aparente antinomia jurídica no presente caso resolve-se com o afastamento da regra da ANVISA, para dar lugar ao próprio Decreto 8.198/2014 que, em harmonia interpretativa conjunta com o artigo 6, I e III, do Código de Defesa do Consumidor, protegerão a saúde do consumidor (inciso I) e a informação (inciso III), para impor às vinícolas e importadores o acréscimo das informações nutricionais, em especial as calorias e a quantidade de sódio aos rótulos dos vinhos.

## 6 CONCLUSÃO

A primeira inexorável conclusão é a de que mesmo em bebidas alcoólicas devem constar no rótulo as informações nutricionais, visto que necessárias para orientar o consumidor quanto aos alimentos e bebidas que ingere. Ainda mais no presente caso, que se trata de vinho, bebida recomendada pelos médicos para regulação do sistema circulatório e cardíaco. Tem o consumidor o direito às informações relativas à composição do produto, inclusive seu valor energético e a quantidade de sódio, sob pena de violação explícita ao Código de Defesa do Consumidor.

A segunda constatação é de que são necessárias ações voltadas a conscientizar os consumidores de que devem exigir dos fornecedores as informações completas sobre os produtos e serviços que são colocados no mercado de consumo. A atenção especial deve ser dada aos produtos alimentícios e bebidas, visto que são ingeridos no organismo humano sem que se tenha plena ciência de seus componentes e características. As ações também devem ser voltadas no sentido de exigir maior rigor na fiscalização das normas já existentes. Sejam as resoluções da ANVISA, sejam as próprias diretrizes do Código de Defesa do Consumidor,

<sup>4</sup> COSTA, Luis Alberto da. [Normas especiais e antinomias nas relações de consumo: critérios tradicionais e perspectiva contemporânea](https://jus.com.br/artigos/21293). Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 17, n. 3179, 15 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21293>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

devem ser cumpridas pelos fornecedores, que se aproveitam da ineficiência do poder público e não inserem, para evitar custos, as necessárias informações nos rótulos.

O que também merece destaque é a ausência de influência das informações nutricionais nos rótulos como fator determinando para o consumo. O brasileiro, em média, sequer analisa as informações nutricionais, e contando com isso os fornecedores deixam de investir para aprimorar os rótulos. O fazem apenas no sentido de seduzir o consumidor para a compra.

A constatação principal é de que sempre que se tratar de relação de consumo, caracterizada pela presença de um consumidor, um fornecedor e um produto ou serviço, a lei especial será sempre o Código de Defesa do Consumidor, devendo ser afastada a aplicação de qualquer outra norma que exclua o acesso à informação, ainda mais se se tratar de norma administrativa. Portanto, na contramão da decisão do Superior Tribunal de Justiça, com o devido respeito, entende-se que a aplicação do Princípio da Especialidade reforça o entendimento de que o consumidor, sendo a parte mais vulnerável na relação, é quem merece proteção. Não cabe ao Poder Judiciário preocupar-se com o custo que uma informação adicional ao rótulo poderá gerar à vinícola, mas sim na proteção dos direitos fundamentais do cidadão, tal que é a informação.

## 7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito/Robert Alexy**; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense Universidade, 2015, p. 179-182;

CÂMARA MCC, Marinho CLC, Guilam MC, Braga, AMCB. **A produção acadêmica sobre a rotulagem de alimentos no Brasil**. Rev. Panam Salud Publica. 2008; 23(1):52-58

COSTA, Luis Alberto da. [Normas especiais e antinomias nas relações de consumo: critérios tradicionais e perspectiva contemporânea](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3179, 15 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21293>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. RDC 37/59 – jan.-mar./2001, in Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais / Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

<https://www.revistaadega.uol.com.br>, acesso em 27.11.2016 às 23:48 h

<https://www.winesofbrasil.com>, acesso em 28.11.2016 às 22:55 h.

<https://www.wineinstitute.org>, acesso em 29.11.2016 às 14:44 h.

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1543668&num\\_registro=201600011758&data=20161018&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1543668&num_registro=201600011758&data=20161018&formato=PDF), acessado em 30.11.2016 às 12:28.

## SISTEMA APAC: O SONHO UTÓPICO CONCRETIZADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO ANTE A INEFICIÊNCIA DO ESTADO

### APAC SYSTEM: THE UTOPIAN DREAM CONCEPTED IN THE RELEASE OF THE PRISONER TO THE INEFFICIENCY OF THE STATE

*Bruna Thais da Silva Peres\**  
*Camila Moura de Lima\*\**

**Palavras-chave:** ressocialização; reincidência; APAC; LEP

**Resumo:** Com o intuito de demonstrar a querela entre o modelo alternativo chamado APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, ante a ineficiência do Estado na reinserção social do preso, aproveitando-se para tanto, o método zetético com abordagem qualitativa, sendo a análise impulsionada pelo questionamento de que, a Lei de Execução Penal não é cumprida em sua integralidade bem como a Constituição Federal no tocante a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o trabalho descreve os aspectos fundamentais do sistema criado pela iniciativa privada em conjunto com o CNJ e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e demonstra com clareza o porquê de sua eficiência assim como os métodos utilizados para que haja um resultado favorável em toda sua extensão. Métodos totalmente ignorados pelo atual sistema carcerário seja pela falta de políticas públicas, seja pelo parcial descumprimento da LEP. Em seguida, busca apresentar os fundamentos jurídicos e principiológicos que embasam a pesquisa, de forma a argumentar que a recuperação e a inserção do indivíduo na sociedade não é tarefa apenas do Estado mas passa a envolver também a família e a sociedade como um todo, haja vista que o primeiro artigo da Lei de Execuções Penais possui dupla finalidade:

\* Bacharelada do Curso de Direito da Escola Superior Madre Celeste (ESMAC), estagiária junto ao Ministério Público do Estado do Pará (MPPA) e conciliadora voluntária do CEJUSC-ESMAC. E-mail da autora: bruna.peres.dir@gmail.com. Telefone da autora: (91) 980218791.

\*\* Bacharelada do Curso de Direito da Escola Superior Madre Celeste (ESMAC), estagiária junto ao Ministério Público do Trabalho (MPTPA) e conciliadora voluntária do CEJUSC-ESMAC. E-mail da autora: camilaraciele@hotmail.com. Telefone da autora: (91) 982165968.

efetivar a sentença e ordenar o cumprimento da pena de forma humanizada, de maneira que o apenado consiga retornar ao meio social sem mais reincidir. O estudo se mostra importante a medida que, verificando dados oficiais de segurança pública, é possível ver que os números em relação a reincidência são alarmantes. A pesquisa realizada em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revelou que um a cada quatro presos voltam a criminalidade, levando em consideração apenas o conceito legal, ou seja, aquele em que a pessoa volta a cometer novo crime após cinco anos do cumprimento da pena anterior e, 70% no geral, englobando os quatro tipos de reincidência. A referida pesquisa também apontou o perfil dos reincidentes, sendo na maioria jovens e com pouco estudo. A partir de então, é possível traçar novas metas que passem a solucionar tal problema, mostrando a real possibilidade, uma vez que a reincidência no sistema APAC é de apenas 15%, fazendo com que a passagem dos presos seja além de tudo, uma oportunidade eficaz de mudança e não apenas uma sobrecarga para o sistema carcerário. Refletir sobre as consequências do caráter meramente punitivo, que busca “enjaular” o preso sem a observância da ressocialização e buscar alternativas compatíveis com os princípios descritos na Constituição Federal para o bem-estar social são os principais objetivos deste trabalho.

**Keywords:** resocialization; recency; APAC; LEP.

**Abstract:** With intuit to demonstrate the wrangle between the alternative model called APAC - Association of Protection and Assistance to the Convicted, faced with the inefficiency of the State in the social reinsertion of the prisoner, taking advantage of it, the zetestic method with a qualitative approach, being the analysis driven by the questioning of which, the LPE (Law of Penal Execution) is not fulfilled in its entirety as well as the Federal Constitution regarding the dignity of the human person. Thus, the paper describes the fundamental aspects of the system created by the private initiative together with the CNJ and the Law-court of Justice of Minas Gerais and clearly demonstrates the reasons for its efficiency as well as the methods used to achieve a favorable result in its entirety. Methods completely ignored by the current prison system, either by the lack of public policies or by partial noncompliance with the LPE. Next, it seeks to present the legal and principiological foundations underlying the research, in order to argue that the recovery and insertion of the individual in society is not only the task of the State but also involves the family and society as a whole, Given that the first article of the Law on Criminal Executions has a dual purpose: to enforce the sentence and order the humanized sentence to be fulfilled, so that the offender can return to the social environment without further

relapse. Research conducted in 2015 by the Institute of Applied Economic Research (IPEA) at the request of the National Justice Council (CNJ) revealed that one in four prisoners return to crime, taking into account only the legal concept, that is, the one in which the person again commits a new crime after five years of the previous sentence and 70% overall, covering the four types of recidivism. This research also pointed out the profile of these recidivists, being mostly young and with little study. From there, it is possible to set new goals that will solve this problem, showing that it is possible, since the recidivism in the APAC system and of only 15%, making the passage of the prisoners is, above all, an effective opportunity And not just an overhead for the system. Reflecting on the consequences of the merely punitive character, which seeks only to "cage" the prisoner without the observance of resocialization and seek alternatives compatible with the principles described in the Federal Constitution for social welfare are the main objectives of this work.

## 1 INTRODUÇÃO

A ressocialização manifesta-se uma questão complexa na esfera do direito penal. Embora muito se tenha debatido no âmbito dos direitos humanos, é notável a deficiência estatal para gerir as casas penais brasileiras e alcançar aquilo que o Estado propõe: ressocialização.

No período da hegemonia do império babilônico, quando em vigor o código de Hamurabi, o delito era severamente “corrigido”, de forma que o rei impunha uma sanção diferente para cada crime cometido, fortalecendo o regime “olho por olho”. O castigo tinha como objetivo impor o medo e dar exemplo de punição como controle social.

Hodiernamente, o acusado é possuidor de diversos direitos garantidos pela Constituição Federal. O ocorrido não se baseia apenas na acusação unilateral da vítima, admitindo sobretudo o contraditório e a ampla defesa e a pena já não é admitida como castigo ou tortura, nem admite que esta acometa a integridade física ou psicológica do apenado, vigorando a garantia dos direitos fundamentais elencados pelas normas constitucionais.

Todavia, após a prisão preventiva, ou ainda de maneira mais grave, após o trânsito em julgado, com a prisão definitiva, inexistem em algumas casas penais, o dever de zelar pela saúde do preso, transformando o ambiente ressocializador em uma forma de castigo e tortura, onde no fim, não ressocializa, não trata, não melhora e apenas traz prejuízo financeiro ao Estado,

servindo como uma máquina de ‘destruir pessoas’, devolvendo ao convívio social a pessoa sem conduta, não sendo este, portanto, o caminho da pacificação e da redução da violência, mas a oportunidade de inserção em redes mais organizadas e complexas do crime.

Neste sentido, embora o comprometimento estatal seja pela real ressocialização e esteja em pauta nas diversas discussões doutrinárias, esta continua sendo uma realidade distante nos presídios brasileiros e o sentimento social de impossibilidade ressocializatória, aumenta frequentemente. Por outro lado, mostrando o real exemplo do sistema APAC, onde se prova que é possível alcançar esse fim utilizando-se de outros meios, é o que justifica este estudo.

## 2 ESBOÇOS HISTÓRICOS

Para um melhor entendimento dos institutos atuais, é imprescindível olhar o passado e estudar as variações sofridas no modelo prisional, sua evolução histórica no tocante às formas de punir e seus objetivos, bem como elucidar o modelo contemporâneo, mostrando o que precisa ser alterado.

No Brasil, a prisão veio a ser um modelo usado de forma tardia, haja vista que prevaleceram as penas desumanas, tidas como legais, até o século XVIII.

O cárcere era aplicado apenas aos acusados que estavam à espera de julgamento. Essa situação perdurou durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que tinham por base um direito penal baseado na brutalidade das sanções corporais e na violação dos direitos do acusado. Isto acabou perdurando até a introdução do Código Criminal do Império, em 1830.

O Código penal da época estava antecipado na Constituição de 1824. Ele estabelecia as relações do conjunto da sociedade, cuidando dos proprietários de escravos, da “plebe” e dos cativos. Prevendo três tipos de crimes: os públicos; os crimes particulares e, ainda, os policiais. Em todos os casos o governo imperial poderia agir aplicando as penas que continham no código como, por exemplo, prisão perpétua ou temporária, com ou sem trabalhos forçados, banimento ou condenação à morte.

Com a Proclamação da República em 1889, intensificou-se a necessidade de se promover reforma na legislação criminal, visto terem decorrido 60 anos da promulgação do Código do Império, e as suas leis ficaram envelhecidas por não mais acompanhar a realidade, então surgiu o Código Penal em 1890.

A partir daí, depara-se com o surgimento das prisões com celas individuais e oficinas de trabalho no país, ainda no século XIX, bem como arquitetura própria para a pena de prisão.

Visto que, com o surgimento do Código Penal de 1890, criou-se a possibilidade de serem estabelecidas novas modalidades de prisão, considerando que não iria mais haver penas perpétuas ou coletivas, nem penas de morte, limitando-se apenas as penas privativas de liberdade de forma individual, com a pena máxima sendo fixada em 30 anos, assim como prisão que envolvia trabalho dentro dos presídios, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar (OLIVEIRA, 2006).

Em 1940 foi promulgado um Novo Código Penal, visto que o anterior tinha sido elaborado as presas e apresentava diversos defeitos técnicos, o que gerou inúmeras críticas. O Novo Código unificou fundamentalmente as bases de um direito punitivo, democrático e liberal, e prevê três tipos de pena, que estão presentes no artigo 32 do Código Penal. São elas: privativas de liberdade; restritivas de direitos; de multa.

Em 1961 foi decidido que seria feita uma reforma na legislação criminal, no tocante a parte geral, onde o ponto marcante foi o abandono do sistema do duplo binário, sendo promulgada junto com a nova parte geral do CP a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984). Cabe destacar que o Código Penal de 1940 é o que vigora até hoje no país.

### 3 REINserÇÃO DO PRESO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Notoriamente, o Sistema Prisional Brasileiro está em crise, pois denota-se que as numerosas leis existentes e a pena privativa de liberdade não aliada com outras medidas necessárias acaba por não alcançar seu fim, qual seja, a ressocialização.

A lei de execuções penais na maioria dos presídios acaba por efetivar a sentença somente no sentido de trancafiar, entretanto, não propicia condições para a integração social do condenado e do internado, conforme dispõe o artigo 1º da referida lei, que diz: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Outro motivo que corrobora com o descaso em relação à população carcerária é o apelo social, quando, não raramente, nota-se o crescimento de opiniões favoráveis às penas cruéis, desumanas e insalubres, pensando que essa é a forma correta de punir, acreditando que quanto maior a consternação, menor a chance de vir a praticar novos delitos em razão de todo o sofrimento passado e, que, dessa forma, não mais arriscará passar por tudo novamente.

Ledo engano. Ora, se penas cruéis resolvessem o problema do sistema prisional brasileiro, ninguém voltaria a cometer crimes, uma vez que os presídios já se encontram superlotados, sujos, com alimentação por vezes intragáveis e, além de tudo, onde os próprios presos, por vezes, não têm a oportunidade de sair, dados os casos recentes com mortes envolvendo os próprios detentos.

Surge então a pergunta: o Estado promove a ressocialização dessas pessoas? Em análise do artigo 12 da LEP, “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas”, é possível observar que se propõe assegurar direitos básicos ao preso, no entanto, quando se depara com a realidade das prisões, a situação é degradante.

Em relação a isso, dispõe Bitencourt (2011):

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos (BITENCOURT, 2011, p. 166).

Além dos locais insalubres, os presos convivem pouco com a família e com o “mundo exterior”. Nesse sentido, pode-se dizer que o sistema carcerário se diz contraditório, uma vez que afasta o preso do convívio social com o intuito de ressocializá-lo.

Os juristas NERY e JÚNIOR (2006, p. 164), dizem que, ao Estado cabe adotar medidas que preparem o preso ao retorno do convívio social e, visando isso, o condenado deve ser transferido para o local que possua raízes, tendo sempre que possível a assistência familiar.

Porém, de maneira geral, o que acaba por ocorrer no sistema carcerário convencional é o “mito da ressocialização”, não cumprindo as funções da pena descritas na lei e criando um ciclo penal, qual seja: o delito, a pena, a liberdade (não ressocializada e nem assistida), a imagem social *ad eternum* de “ex detento”, a impossibilidade de emprego formal, o não aprendizado de um ofício, o delito, a pena e assim por diante.

Como concisamente ressalta Yarochevski (2012):

É uma ingenuidade, uma ilusão acreditar que aquele que sobreviveu, porque muitos morrem na própria prisão, a tudo isso, estará “ressocializado” podendo ser “reintegrado” à sociedade. Aquele que cumpriu pena privativa de liberdade estará fadado a marginalidade, estará estigmatizado pelos anos que lhe resta de vida. (YAROCHEWSKY, 2012, p. 98).

Nessa linha, torna-se surreal esperar que um ambiente sujo, recluso, onde só há convivência com outros presos que, por óbvio, também cometeram crimes, por vezes de maior potencial ofensivo, possa oferecer mudança. Na realidade, espera-se verdadeiramente um

milagre. Por esta razão, o Estado deve prezar pelo convívio social do preso e zelar, visando sempre a ressocialização, por um local que permita esse acontecimento.

#### 4 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL

Com o intuito de mostrar a realidade, passa-se a análise de alguns dados de segurança pública, fazendo uma breve comparação do ano de 2014 a 2017, juntamente com a apreciação dos mesmos para a obtenção de uma análise crítica sobre o tema e, após, entender o porquê se faz necessária mudança.

A princípio, de acordo com dados recolhidos pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF<sup>1</sup> em conjunto com o Conselho Nacional do Justiça – CNJ, em 2014, a população carcerária atingiu 711.463<sup>2</sup>. Existia um déficit de mais de 206 mil vagas em todo o país.

O Brasil ocupa o 4º lugar no ranking dos países com o maior número de pessoas presas<sup>3</sup>, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Isso, sem levar em consideração os mandados de prisões e a quantidade de foragidos.

Esses números alarmantes revelam que, mesmo com todos os mandados cumpridos, o sistema carcerário brasileiro não suportaria a lotação e nem teria capacidade de geri-lo. Os dados apontam as falhas em toda a estrutura - ou falta dela – não só da segurança pública, mas de uma série de fatores como educação de base, investimentos, fiscalização, entre outros que estão levando o sistema penal à decadência, fazendo necessário repensar o conceito de ressocialização e implementar novos modelos de casas penais.

Além dos já mencionados, dentre os muitos fatores que contribuíram com a atual situação do sistema carcerário brasileiro, também está incluso a culpa *in vigilando* dos gestores estatais, que não fiscalizam de maneira eficiente como estão sendo usados os repasses em grande parte do país.

<sup>1</sup> Dados de junho de 2014, extraído do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF.

<sup>2</sup> Considerando os presos provisório.

<sup>3</sup> Excluindo a prisão domiciliar.

Os investimentos em segurança pública no Brasil não são baixos se comparados com outros países mais desenvolvidos<sup>4</sup>. Na Alemanha, a taxa de homicídios é de 0,8 para cada 100 mil habitantes, enquanto que no Brasil é de 21,9<sup>5</sup> para gastos proporcionalmente semelhantes<sup>6</sup>.

O país investe um tanto considerável em segurança, mas investe mal. Gasta pouco em prevenção e muito com prisões, de forma desequilibrada, pecando, ainda, por não reorganizar o trabalho das polícias, deixando de integrá-las.

Para que ocorra essa integração, seria necessário, primeiramente, concentrar esforços para modificar o artigo 144 da CF, integrando as polícias civil e militar como ocorre de forma semelhante com o SUS e, além disso, fazer ações coordenadas e integradas entre a Secretaria de Segurança e a Secretaria de Administração Penitenciária.

Outrossim, o investimento concentrado na área de prevenção seria crucial, pois sem as devidas políticas públicas preventivas e de controle, não apenas no campo da segurança pública, mas também do ordenamento urbano e prevenção social, que envolve educação, assistência, cultura e saúde, constituindo assim um outro canal pelo qual o desempenho econômico pode afetar a taxa de criminalidade nas cidades. Ou seja, a qualidade da política pública é um dos muitos fatores que podem conduzir à diminuição das dinâmicas criminais.

A falta de planejamento e preparo estatal voltados à prevenção do delito fica nítido quando analisada a pesquisa feita no ano de 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde os dados apontam que 1 a cada 4 presos voltam a ser condenados por algum crime dentro do prazo de 5 anos após o término de cumprimento de pena, apresentando assim taxa de reincidência<sup>7</sup>.

Quando levado em consideração àqueles que retornam aos presídios independentemente de condenação, os índices dão um salto, sendo alarmantes, apresentando taxa de 70% de reincidência, ou seja, apenas 30% de “ressocialização”.

O cenário atual reflete o descompromisso do Estado brasileiro para planejar, ajustar, propor e executar políticas penais na esfera da segurança pública efetivas e que abonem os direitos de cidadania e, em última instância, reflitam a leniência e a condescendência da sociedade brasileira com a criminalidade violenta letal.

<sup>4</sup> No Brasil, os gastos com segurança pública totalizaram R\$ 76,2 bilhões em 2015, ou seja, as despesas com a Segurança representaram 1,38% do PIB.

<sup>5</sup> Dados referentes ao ano de 2015. Em 2016 esse número aumentou para 28,9.

<sup>6</sup> Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

<sup>7</sup> Considerando apenas o conceito de reincidência legal.

O sistema penitenciário tem comportado variadas deficiências, mazelas sociais que causam ainda mais dificuldades, para o apenado e para a sociedade. Além das péssimas condições de vivência subumanas, não encontram meio algum de recuperação. A prisão faz o delinquente, e não o recupera transformando-o em cidadão ressocializado (FOUCAULT, 1979).

Logo, pondera-se que, o aparelhamento carcerário convencional há tempos não tem suportado as funções da pena, devolvendo ao convívio social pessoas que não estão preparadas para viverem pacificamente.

Por fim, resta claro que o Estado precisa adotar medidas urgentes para sanar esse problema, devolvendo ao convívio social pessoas recuperadas e ressocializadas. Pensando nisso, a seguir, passa-se a apresentação do Sistema APAC, mostrando um caminho diferente e eficiente que vem ganhando força no Brasil.

## 5 O INÍCIO DO SISTEMA APAC

A sigla tem um significado que faz jus ao seu fim, qual seja, amparar o preso, recuperá-lo e devolvê-lo ao convívio social, e significa: “Associação de Proteção e Assistência aos Condenados”.

Primariamente, o projeto foi idealizado por Mário Ottoboni<sup>8</sup> juntamente com um grupo de voluntários que começaram a se preocupar com o a situação dos presídios e o resultado que estes traziam na vida do preso e da sociedade após o cárcere.

Segundo Ottoboni (1997), o sistema prisional não estava cumprindo seu objetivo, pelo contrário, acabava por formar verdadeiros criminosos, visto que os condenados ao entrarem em contato com outros, estavam se envolvendo em uma rede muito mais complexa e organizada de associação criminosa.

Além disso, ao contrário do que muitos pensam, percebeu que quanto mais cruel a pena<sup>9</sup>, menor a possibilidade de ressocializar a pessoa. Foi pensando nisso que buscou encontrar

<sup>8</sup> Mário Ottoboni, hoje com 86 anos, é advogado, jornalista, estudou Ciências Sociais e Psicologia, autor de mais de 15 livros. Além de possuir um extenso currículo de suas beneméritas atividades, recebeu o título de “Cidadão do Mundo, libertador dos presos e dos humildes” do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

<sup>9</sup> Neste contexto, diz-se “pena” no sentido amplo, levando em consideração os fatores externos como lugar, insalubridade, negligência, etc. e não a dosimetria da pena em si.

soluções de amenizar o problema, averiguando quais eram as causas e passando a ouvir alguns presos de sua cidade Natal.

A partir de então, começou um “experimento funcional” no presídio de Humaitá, até então, ameaçado de fechar, localizado em São José dos Campos, onde Ottoboni e o grupo de voluntários juntamente com o apoio do juiz Silvio Marques Neto, começaram a verificar onde estaria o cerne do problema e notaram que estava diretamente associado com os métodos sociais e humanos de tratamento, começando um procedimento totalmente diferente do aplicado anteriormente pela gestão do local, com o intuito de mudar o paradigma do sistema prisional convencional. Assim teve início a primeira APAC.

Em 2001, foi criado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais o programa Novos Rumos na Execução Penal buscando a humanização no cumprimento das penas privativas de liberdade mediante a aplicação do método APAC. Esta, é uma pessoa jurídica de direito privado, mantida por convênio com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que administra Centros de Reintegração Social de presos e foi regulamentado pela Resolução nº 433/2004 do referido tribunal.

As APAC’S mostram na prática que, diversamente do imaginado pela sociedade, é possível ressocializar o indivíduo que cometeu infração penal, desmitificando o pensamento de que a ressocialização é um sonho utópico e quase impossível de ser realizado. Parte-se da premissa de que, a sociedade estará protegida se o infrator foi recuperado, prevenindo-se o surgimento de novas vítimas.

Diferentemente do modelo carcerário ordinário, onde nota-se com frequência o desrespeito aos direitos humanos e a deficiência das casas penais diante da alta demanda e das dificuldades orçamentárias e de gerência, a APAC surge, aos poucos, com um modelo inovador.

O objetivo é gerar a humanização das prisões, sem tampouco esquecer a finalidade punitiva da pena. Tem como fim erradicar a reincidência no crime e proporcionar condições para que o recuperando se reerga e consiga a reintegração social.

## 6 O FUNCIONAMENTO DA APAC

As APAC’S são fiscalizadas e coordenadas pela FBAC10, supervisionadas ainda, pelo Ministério Público e a Secretaria do Estado. Também são detentoras de seu próprio estatuto e método de funcionamento, respeitando sobretudo os direitos humanos e o que dispõe a lei.

<sup>10</sup> Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados.

Segundo a FBAC (2014), os recuperandos<sup>11</sup> possuem uma rotina extensa que inclui responsabilidade, estudo e trabalho, além de cursos, oficinas e palestras.

Antes de adentrar na funcionalidade deste modelo, primeiramente cabe ressaltar que para sair do presídio e ir para uma APAC, o preso deve manifestar seu interesse por escrito, o qual será levado ao conhecimento do juiz de execuções responsável pela APAC local e, a partir de então, serão analisados elementos subjetivos para decidir se aquele detento merece ou não ir para a APAC em detrimento de outros. Para tanto, depois da entrevista com o psicólogo, serão analisados critérios como o bom comportamento e vontade de mudar de vida.

O primeiro passo ao adentrar na APAC é passar pela triagem onde ficará no regime fechado, somente dentro da cela, a qual possui cama, kit higiênico individual, roupas e lugares adequados para guardar objetos pessoais.

Ainda na cela, o recuperando é ensinado sobre as regras e a rotina do novo lar. Após um período, que pode variar em cada unidade, o recuperando será direcionado para o regime no qual está cumprindo a pena, podendo continuar no fechado, se for o caso, no semiaberto ou aberto.

No regime fechado, os recuperandos têm aula no período da manhã<sup>12</sup> ou tarde, e o tempo remanescente é gasto com oficinas, onde é ensinado o trabalho artesanal, limpeza e manutenção do espaço. Há também para todos os regimes, dias dedicados para a evangelização e aprendizagem bíblicas.

No regime semiaberto é possível escolher entre uma das oficinas que a APAC oferece, no qual eles passam a aprender uma profissão que é ministrada pelo da oficina, também interno. Além das oficinas, são ofertados cursos profissionalizantes em diversas áreas.

A APAC, além de outras coisas, mantém o foco no ensino profissional voltado ao empreendedorismo, passando a ensinar o recuperando, ofícios que eles podem realizar sós, sem precisarem ser contratados por terceiros, se assim desejarem, tendo em vista a discriminação e preconceito que enfrentarão por terem em suas certidões negativas, um registro criminal.

Em muitas unidades são oferecidos cursos voltados para a serralheria, marcenaria, peças para a indústria têxtil, confeitaria, montagem e culinária. Em um documentário ao CNJ

<sup>11</sup> Esse é o termo usado na APAC. Não há apelidos. Os recuperandos estão em processo de recuperação e por este motivo não são chamados de detentos nem usam codinomes de facções, caso pertencessem a alguma.

<sup>12</sup> Normalmente são inseridos no EJA (Educação para Jovens e Adultos) ou cursos preparatórios para aqueles que decidiram prestar o ENEM para fazer faculdade à distância, com autorização judicial.

sobre o trabalho realizado pelos recuperandos e a funcionalidade da APAC de Paracatu MG, o gerente de segurança e disciplina, Silas Porfírio, afirma:

Temos o melhor maquinário de confecção da cidade. Produzimos camisetas, camisas, jalecos, calças. Somos autossuficientes no vestuário que utilizamos e ainda fabricamos para fora. O Lar dos Idosos e o orfanato da cidade usam nossas roupas e recebem parte da produção da nossa padaria.

Além das oportunidades de aprendizagem profissional, há também humanização e dignidade na forma como são servidas as refeições. Ao longo do dia são preparadas pelos recuperandos e servidas em local apropriados e possuem talheres, diferente dos presídios comuns, que são servidas dentro da própria cela. Após o almoço é possível usar o espaço disponível para lazer.

A visita familiar que ocorre uma vez por semana é um diferencial. Nestas, não é permitido entrar com o celular e as revistas são simples, quando ocorre. Há em algumas unidades, playground construído pelos internos, para as crianças. Esse é um passo fundamental na recuperação, visto que a família, por muitas vezes, é o motivo pelo qual o recuperando quer mudar de vida e oferecer um futuro melhor aos filhos e a esposa.

O CNJ e a FBAC (2014) acreditam que o sucesso da metodologia se dá pelo fato que os detentos são os maiores beneficiados pelos seus próprios esforços, sabendo que a falta grave poderá implicar na perda dos benefícios conquistados por seus méritos ou até mesmo pelo retorno ao presídio comum. Dessa forma, há um esforço mútuo para tornar o ambiente o melhor possível sem fugir das regras.

## 6.1 FINALIDADES

Segundo Mário Ottoboni (1997, p. 34), a APAC possui 3 finalidades, as quais serão faladas a seguir.

Primeiramente, atua como auxiliar da justiça estando subordinada ao Juiz de execuções competente e, possui metodologia própria, sendo instituída a preparar o recuperando na volta ao convívio social.

Segundo, protege a sociedade. Tem como premissa que, devolver à sociedade um infrator ainda mais revoltado e não recuperado, só aumentam os riscos sociais. Também atua na fiscalização do cumprimento da pena e opina sobre a concessão ou não de benefícios, assim como sua revogação.

E, por último, é um órgão que atua na valorização dos direitos humanos, fornecendo proteção e assistência, conforme dispõe a lei, desenvolvendo um trabalho que envolve o vínculo de afinidade parental do recuperando, visando a interação familiar.

A APAC atua como um modelo descentralizado, optando pela estrutura menor, onde comporta, no máximo, 5 presos por celas, sem agentes penitenciários ou homens armados, mantendo as celas e as chaves com o próprio preso e permitindo que a fiscalização fique por conta dos recuperandos, ou seja, um vigia o outro<sup>13</sup>, atribuindo-lhes responsabilidade e exercitando a confiança. Entretanto, têm APAC'S que aplicam o regime fechado e os estabelecimentos são administrados pela polícia, onde os recuperandos, neste mesmo local, assumem a responsabilidade nos regimes abertos e semiabertos (MUHLE, 2013, p.34 e 35).

Em relação ao supramencionado, a APAC estimula a confiança mútua de seus internos, tendo a seguinte filosofia: “do amor ninguém foge” (FBAC, 2014). Sendo assim, não há registro rebeliões ou fugas em massas nas APAC'S do Brasil, pois os presos sabem que a punição por eventual desvio de conduta, seria voltar ao cárcere comum.

## 6.2 OS DOZE ELEMENTOS DO MÉTODO APAC

De acordo com a FBAC (2014), as APAC'S contêm 12 metodologias indispensáveis ao seu bom funcionamento e são, segundo eles, os motivos que levam ao resultado positivo do sistema alternativo e apontam que nenhum deles é fácil e que só podem funcionar em conjunto, do contrário, não trarão resultados.

### 4.2.1 Participação da comunidade

A comunidade é fator essencial no sucesso do método, visto que esta precisa estar envolvida e comprometida com a recuperação do condenado. Esse envolvimento se faz necessário pois a comunidade precisa entender o porquê da humanização da pena, visto que só assim, o preso ao ser liberto, será um cidadão recuperado e não mais um infrator, sendo isso benéfico tanto para o indivíduo quanto para a sociedade.

<sup>13</sup> São raras as fugas. Não há no Brasil, registro de nenhuma rebelião ou fuga em massa nas APAC'S.

Pensando nisso, periodicamente são realizadas audiências públicas, seminários e estudos acerca do método APAC sensibilizando a comunidade visando também a possível formação de voluntários e sócios contribuintes.

### 6.2.2 Recuperando ajudando recuperando

Há em todas as APAC'S o CSS – Conselho de Sinceridade e Solidariedade, composto pelos próprios recuperandos, se reúnem com outros internos e procuram soluções práticas e econômicas para os problemas encontrados na APAC local, funcionando também como um grupo de conselheiros, promovendo assim, a ajuda mútua e o sentimento de fraternidade entre os recuperandos.

### 6.2.3 Trabalho

Em relação ao trabalho, cada regime tem sua própria finalidade. O regime fechado é focado apenas na recuperação, o semiaberto na profissionalização e o aberto na inserção social, permitindo que o recuperando coloque em prática o que lhe foi ensinado durante o período do regime semiaberto.

A APAC valoriza o papel que o trabalho representa na vida do homem, aplicando o que a lei de execuções penais dispõe, reconhecendo o trabalho como "dever social" e "condição de dignidade humana", tendo como finalidade educação e produção.

Em entrevista concedida a revista “Pequenas Empresas, Grandes Negócios”, Marcos<sup>14</sup>, Preso em 2009, foi condenado a 24 anos de prisão por tráfico, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e clonagem de veículos e ficou 16 anos preso antes de ser transferido para a APAC de São João Del Rei em Minas Gerais.

Marcos contou que há poucos meses atrás abriu uma oficina para consertar couro, bolsas, sofás e itens automotivos. “Na prisão é um tédio danado, só tem faxina”, conta. Quando foi transferido para a APAC, aprendeu, através de oficinas, a costurar, e foi esse aprendizado e aperfeiçoamento que o ajudou a abrir sua loja, onde tira o próprio sustento e o da família. Em relação ao aprendizado, Marcos afirma: “tudo que eu sei hoje, eu aprendi na Apac”, diz. Foi lá

<sup>14</sup> O nome foi mudado para garantir o anonimato.

que ele descobriu que era capaz de costurar qualquer coisa. “Foi por acaso, trabalhando nas oficinas de sapatos”, diz. “Eu tinha um dom e não sabia”.

Oito meses de oficina foram suficientes para que Marcos pagasse o empréstimo de R\$ 12,000.00 que fez para abrir sua loja, comprar máquina de costura, móveis e uma moto que o ajuda a fazer o percurso do trabalho até a APAC em pouco tempo.

Ganhar dinheiro por mérito traz dignidade ao egresso do sistema penal, motiva e impulsiona o indivíduo a ver novos horizontes, pensar de forma diferente. A APAC, através dos cursos e incentivos ao empreendedorismo, dá uma nova chance ao homem.

#### **6.2.4 Assistência jurídica**

A APAC se reserva no direito de prestar assistência jurídica apenas aos seus internos e só àqueles que não podem pagar um advogado.

Esse custeio se justifica pela ansiedade dos recuperandos em saberem o andamento dos processos e dessa forma, garantem que eles não se sintam abandonados juridicamente.

#### **6.2.5 Espiritualidade**

A APAC e seus responsáveis têm consciência e acreditam que a espiritualidade, por si só, não é capaz de recuperar o egresso do sistema penal se trabalhada de forma isolada, sem os demais elementos.

Juntamente com os demais elementos e através dos ensinamentos bíblicos, fazem uma “reciclagem de valores”, levando o recuperando a concluir que “Deus é o grande companheiro e amigo que nunca falha”. Através da “jornada com Cristo”, a APAC faz uma reflexão sobre a necessidade de Deus, a experiência de amar e ser amado, não impondo qualquer credo.

#### **6.2.6 Assistência à saúde**

A assistência à saúde do recuperando parte do princípio de que essa preocupação transmite, além de tudo, a mensagem de amor e carinho. Sendo assim, não poderiam pregar o amor ao próximo se não se preocupam sequer com a saúde de seus próprios internos.

Por este motivo, as APAC’S contam que apoio médico e psicológico para prestar atendimento ao recuperando sempre que necessário.

#### **6.2.7 Valorização Humana**

Voluntários treinados para reformular a imagem do homem que errou e não deve ter as mesmas atitudes, ajudam os recuperandos a se libertarem dos medos, dos vícios e preconceitos interiores que os ajudarão a ter uma imagem da valorização de si mesmo tendo como preceito o convencimento de que podem ser felizes e que não são piores e nem melhores do que ninguém, podendo, com força de vontade, ter uma vida feliz e saudável.

#### **6.2.8 Família**

Na APAC, o limite da pena é respeitado, de modo que as restrições impostas pelo regime não afetem a família, ou seja, não atinja pessoa diversa do condenado. Nesse sentido, os elos que formam o vínculo familiar são fortalecidos, fazendo com que a família seja a base da recuperação.

Quando a família do recuperando está envolvida com o projeto e começa a aprender e entender os benefícios na vida do apenado, passa a ser a primeira a colaborar para que não haja rebeliões ou fugas.

#### **6.2.9 O voluntário e o curso para a sua formação**

O trabalho das APAC’S é fundamentado na gratuidade e na vontade de fazer o bem ao próximo. O voluntário precisa ser comprometido com os valores da instituição, passando confiança aos recuperandos, para que eles percebam que a ajuda se trata de amor e não de interesse remuneratório, garantindo assim o bom funcionamento do local.

Em sua preparação, o voluntário participa de um curso de formação de voluntários, normalmente desenvolvido em 42 aulas de 01h30 de duração cada uma, durante o qual irá

conhecer a metodologia, e desenvolver suas aptidões para exercer este trabalho com eficácia e observância de um forte espírito comunitário.

### 6.2.10 CRS - Centro De Reintegração Social

O centro de Reintegração Social consiste em dois espaços, um destinado ao regime semiaberto e o outro, no aberto. O estabelecimento do CRS oferece ao recuperando a oportunidade de cumprir a pena próximo de seu núcleo afetivo: família, amigos e parentes, facilitando a formação de mão de obra especializada, favorecendo assim, a reintegração social, respeitando a Lei e os direitos do condenado.

### 6.2.11 Mérito

O mérito consiste em todas as ações do recuperando. No arquivo, há uma pasta individual que contém o histórico de cada um: elogios, reclamações, saídas, organização entre outras coisas.

Dessa forma, o mérito é analisado para cada passo na progressão ou regressão do regime, sendo decisivo na avaliação na cessão de periculosidade e insanidade mental ou até mesmo da necessidade de receber tratamento individualizado.

### 6.2.12 Jornada de libertação com Cristo

A jornada busca a reflexão de uma nova filosofia de vida e é considerada o ponto alto do percurso traçado para a recuperação. Consiste em 3 dias de reflexão e interiorização na busca pelo entendimento do amor de Deus.

Esse método foi pensando minuciosamente de forma que alcançasse o resultado final, que é fazer o recuperando reconhecer o erro, alcançar o perdão de Deus e conseguir se perdoar, entendendo que, a partir desse recomeço é possível dar um novo rumo a sua vida.

## 7 O SISTEMA APAC EM PARALELO COM O SISTEMA CARCERÁRIO COMUM

Um dos fatores de extrema importância na justificativa da expansão deste modelo alternativo se dar por conta do baixo custo de manutenção, se comparado com o sistema carcerário comum.



Figura 9: Fonte: fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), SECRETARIAS DE JUSTIÇA E DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL E DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO DOS ESTADOS. MATHEUS DURÃES/ARTE CNU

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a média nacional de custo por preso é de R\$ 2.400. Os investimentos refletem gastos com sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários e outros funcionários, serviços como alimentação e compra de vestuário, assistência médica e jurídica, custos com manutenção entre outros<sup>15</sup>. Nas penitenciárias federais o custo é ainda maior, chega a quase R\$ 3.500,00 por preso.

Em contrapartida, na APAC, o investimento mensal de manutenção de um preso é em média R\$ 1.000,00 (FBAC, 2014), variando em regiões do país, podendo custar apenas 1/3 do que o Estado gasta com modelo convencional.

Uma das razões do baixo custo de manutenção se dá pelo fato de que as APAC'S são gerenciadas, na parte interna, pelos próprios recuperandos, não havendo polícia nem agentes prisionais, além de que a manutenção, limpeza e pequenas construções são feitas pelos próprios internos.

<sup>15</sup> Esse valor varia conforme a estrutura da unidade prisional, sua finalidade (para presos provisórios, definitivos, unidades masculinas ou femininas, entre outros) e também de acordo com a região do país.

Outro fator relevante a ser considerado, são os números em relação a reincidência. Segundo o CNJ, a reincidência no sistema carcerário comum chega a 70%, já na APAC, a nível nacional, a reincidência varia entre 8% e 15%, segundo dados da FBAC 2014.

Os números oficiais que tratam da reincidência no sistema APAC são relevantes, uma vez que esta não faz distinção de crimes, podendo o recuperando condenado por qualquer crime, independente do grau de periculosidade, vir a cumprir a pena em uma instituição APAC, desde que seu comportamento seja exemplar e o preso demonstre interesse por escrito, o qual será levado a conhecimento do juiz responsável para a apreciação do pedido. O método também comporta todos os tipos de regimes de prisão: aberto, semiaberto e fechado. Como explica Muhle (2013):

O preso condenado à pena privativa de liberdade, nos regimes fechado, semiaberto e aberto, independente do crime cometido e duração da pena, pode ser transferido para o Centro de Reintegração Social, gerido pela APAC, através de ato motivado do juiz da Execução, após serem ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária. Além disso, o preso deve manifestar, por escrito, o interesse de ser transferido e deve firmar o propósito de ajustar-se às regras do Centro de Reintegração Social após a sua transferência. Também é necessário ter vínculos familiares e sociais na comarca, comprovados no curso do processo ou através de sindicância realizada pelo serviço social judicial e, na falta desse, pelos oficiais de justiça do juízo. (MUHLE, 2013, p. 38)

Como supramencionado, é menos custoso para o Estado investir no sistema prisional voltado para a educação e trabalho dos presos do que apenas em presídios e é justamente isso que a iniciativa APAC faz: gerenciar os custos e direcionar os investimentos na educação e nos cursos voltados ao empreendedorismo dos recuperandos, para que possam, de fato, exercer um novo papel na sociedade como cidadão.

Em relação ao alto investimento voltado para o encarceramento em massa sem que se olhe com cuidado para o que essa ação de modo isolada, sem a observância da função ressocializadora da pena causa, a ministra Carmen Lúcia, em um evento de segurança pública realizado 2016, em Goiânia, ao falar sobre o momento de crise no sistema carcerário brasileiro, disse:

Darcy Ribeiro fez em 1982 uma conferência dizendo que, se os governadores não construísssem escolas, em 20 anos faltaria dinheiro para construir presídios. O fato se cumpriu. Estamos aqui hoje reunidos diante de uma situação grave e urgente, de um descaso feito lá atrás.

Essa frase demonstra a real situação que o Brasil enfrenta. As constantes crises no sistema prisional, as reportadas rebeliões e os dados de segurança pública mostram o quanto se faz necessário métodos alternativos que apontem uma solução e uma saída a esse problema enfrentado pelo caótico sistema carcerário brasileiro e, pensando nisso, é possível perceber a diferença que a APAC fez e continua fazendo na vida de muitos ex detentos.

Dessa forma, embora diversos sejam os benefícios do sistema APAC, muito ainda precisa ser feito para que este modelo seja conhecido e abraçado pelos tribunais de justiça de outros Estados, firmando parcerias e alavancando este modelo que serve de exemplo a ser seguido em grande escala.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que o atual sistema prisional não cumpre o que dispõe a norma constitucional e nem os preceitos estabelecidos na lei de execuções penais, não cumprindo a função ressocializadora da pena, mas apenas punitiva com total desrespeito aos direitos humanos, afetando a dignidade e a integralidade do apenado, conseguindo como resultado apenas um número absurdo de mais criminosos, reincidentes e delinquentes egressos do sistema penal.

Por esta razão, a APAC foi criada com a finalidade de cumprir o que efetivamente diz a lei, valorizando o ser humano e respeitando seus limites. Essa alternativa tem gerado resultados satisfatórios em todas as comarcas em que foi inserida.

Os doze métodos elaborados pela APAC, atribui responsabilidades aos recuperandos, envolve a comunidade, ministra oficinas e cursos voltado ao empreendedorismo e ao acesso às universidades e conta com o valioso trabalho dos internos. É também voltado para os ensinamentos de Cristo, educação, assistência à saúde e jurídica, vínculo familiar e conta com um ambiente propício que torna o convívio fácil e humanizado, como se fosse um “lar”.

Com o método APAC, não se espera que os presídios convencionais cheguem ao fim, mas que passem a seguir o exemplo modelo e através disso, montem uma estratégia significativa voltado a ressocialização e valorização do preso, além de divulgar o sistema alternativo de Associação de Proteção e Assistência ao Condenado com o intuito de implantar o modelo em todos os Estados, servindo como auxiliar da justiça nas execuções penais.

Com a divulgação deste sistema e a conscientização da comunidade, será possível chegar à conclusão de que, com a humanização das cadeias e novos métodos será possível reverter a situação caótica em que o Estado brasileiro se encontra. Fazer com que a comunidade

entenda que esse tipo de modelo alternativo funciona, é trazer resultados positivos, pois um infrator recuperado é benéfico não só para ele, mas para toda a sociedade no tocante à segurança e aos gastos públicos, que serão melhor aproveitados e direcionados para áreas que também se encontram em deficiência.

Por fim, destaca-se que, o método APAC representa um grande avanço na execução penal e mostra, através dos números que é possível ressocializar alguém, por mais grave que tenha sido o crime cometido. Utilizando-se dos métodos corretos, a APAC tem mostrado que é capaz de reinserir uma pessoa na sociedade e reintegrá-la no mercado de trabalho, trazendo então resultados positivos em toda sua esfera.

## 9 REFERÊNCIAS

CARVALHO Filho, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 21.

[CHEREN, Carlos Eduardo. Detentos ganham uma segunda chance com projeto de empreendedorismo](http://revistapegn.globo.com/Negocio-social/noticia/2017/01/detentos-ganham-uma-segunda-chance-com-projeto-de-empreendedorismo.html). Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Negocio-social/noticia/2017/01/detentos-ganham-uma-segunda-chance-com-projeto-de-empreendedorismo.html>> Acesso em 22 de junho de 2017.

[Conselho Nacional de Justiça. APAC: aposta na recuperação de preso com trabalho e psicoterapia](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84642-ressocializar-presos-com-trabalho-e-psicoterapia). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84642-ressocializar-presos-com-trabalho-e-psicoterapia>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

Conselho Nacional de justiça. **Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84606-apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios>> Acesso em: 22 de maio de 2017.

Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Elementos fundamentais do método APAC**. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac>> Acesso em: 04 de abril de 2017.

Fórum Brasileiro De Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública 2016**. São Paulo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 5ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GUIMARÃES, Sergio Enrique Ochoa. **Cárcere, estigma e reincidência: o mito da ressocialização**. Terezina: Jus Navigandi, ano 18, nº 3672, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24285>> Acesso em: 05 março de 2017.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo, 2006.

MUHLE, Elizana Prodorutti. **A prisão terrena no paraíso celestial. APAC, uma alternativa humana ao cumprimento da pena privativa de liberdade**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Ciências Criminais, 2013.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

Rio de Janeiro. IPEA e FBSP. **Atlas da violência 2017**. Rio de Janeiro, 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Sistema prisional brasileiro aumenta a reincidência**. [S.l.]: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2012-nov-16/leonardo-yarochewsky-sistema-prisional-brasileiro-aumenta-reincidencia#\\_ftn1](http://www.conjur.com.br/2012-nov-16/leonardo-yarochewsky-sistema-prisional-brasileiro-aumenta-reincidencia#_ftn1)> Acesso em: 04 de abril de 2017.

## TERRITORIALIDADE E COMPETÊNCIA NOS CRIMES DIGITAIS: A UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO AÉREO NÃO TRIPULADO PARA O COMETIMENTO DE CRIMES CONTRA A VIDA.

Bruno Tozo Figueiredo\*  
Fausy Vieira Salomão\*\*  
Moisés Augusto Chaves\*\*\*

**Palavras-chave:** direito penal; competência; territorialidade; internet; crimes digitais.

**Resumo:** A mudança da sociedade é sempre mais rápida que a evolução do conjunto de normas em países de ordenamentos jurídicos positivados como o brasileiro. Via de regra, apesar da enorme quantidade de leis existentes, o Poder Legislativo não consegue atender à demanda por leis que disciplinem as novas relações que se estabelecem diariamente. Atualmente, essa mudança das sociedades tem se mostrado ainda mais rápida em virtude dos avanços da tecnologia e, conseqüentemente, surgem diariamente novos costumes e também novas formas de condutas lesivas socialmente. Mediante a evolução tecnológica vivida nas últimas décadas, a Internet vem se apresentando como meio de comunicação e também como de disseminação de ideias e conteúdo, esses que nem sempre são lícitos. Em relação ao Direito Penal e a criminalidade decorrentes dessa nova caracterização da sociedade, observa-se que, além da ausência de dispositivos legais capazes de atender satisfatoriamente essas novas relações, o princípio da legalidade vedando a utilização da analogia para criminalizar condutas. O que acarreta a impossibilidade de aplicação de sanção penal a esses novos fatos que são lesivos, porém não possuem legislação que os discipline. Desse modo, é possível ver a cada dia mais,

\* Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais, unidade Frutal/MG. Bolsista no programa de Estágio da Universidade do Estado de Minas Gerais. Endereço eletrônico: brunotozofigueiredo@gmail.com. Telefone: (34) 9.9187-3462. Link currículo lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8011630U3>.

\*\* Professor de Direito Penal da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG campus Frutal/MG; Mestre em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília; Discente regular do Programa de Mestrado em Sustentabilidade Socioeconômica e Ambiental da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP; Pesquisador colaborador da Fundação Centro Internacional de Educação, Capacitação e Pesquisa Aplicada em Águas - UNESCO-HidroEX; Advogado inscrito sob o número OAB/SP 260.132 e OAB/MG 113.696; Bacharel em Direito pela Universidade Paulista-UNIP, Campus São José do Rio Preto/SP. Endereço eletrônico: fausysalomao@hotmail.com. Telefone (34) 9.9667-1733. Link currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4643632795666504>.

\*\*\* Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais, unidade Frutal/MG. Bolsista no programa de Estágio do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Endereço eletrônico: m.achaves@hotmail.com. Telefone: (34) 9.9166-7539.

criminosos virtuais que caluniam, ameaçam e furtam, valendo-se dessa impunidade. No que se refere ao Direito Processual Penal, observa-se que essas novas condutas lesivas praticadas no ambiente virtual trouxeram bastante problemas ao instituto da fixação da competência para o julgamento dos delitos, visto que há necessidade de identificar o tribunal competente para se processar e julgar o indivíduo. Assim, o Poder Judiciário se vê diariamente diante da inevitabilidade de se manifestar a respeito de todos os casos que lhe são postos para apreciação, acaba por construir cada vez mais jurisprudências sobre o assunto, sendo que nem sempre estas decisões são uniformes, acarretando assim, uma necessidade urgente de previsões legais que disciplinem de modo satisfatório os crimes virtuais. Ao analisar o conteúdo das decisões em relação aos crimes virtuais exaradas pelos Tribunais que compõem o Poder Judiciário brasileiro, verifica-se uma boa vontade no sentido de tentar atender a todos os casos de modo justo, todavia, na maioria das vezes, essas decisões são conflitantes, o que acaba por gerar também injustiças. Dessa forma, ao considerar um possível homicídio em que um jovem nos EUA muniu um Veículo Aéreo Não Tripulado (*drone*) com uma pistola automática e criou um drone que efetua disparo, a presente pesquisa, por meio de revisão de literatura, estudo da legislação e jurisprudências pertinentes ao caso, pretendeu analisar o tratamento que seria dado a caso semelhante segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, constatou-se que em relação à hipótese de crime contra a vida cometido por meio de drone, se o crime for cometido dentro do território nacional, o caso será resolvido conforme a regra do art. 70 do CPP segundo o qual considera-se competente o local em que se consumar a infração. Assim, seria competente o Tribunal do Júri do local em que a morte ocorreu. Todavia, no caso de crime ocorrido no território de dois países, sendo a vítima ou o autor brasileiros, a jurisdição federal brasileira será competente para apreciar o fato, tendo em vista a regra contida no art. 6º do Código Penal que considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Porém, nesse caso há que se respeitar a vedação do princípio do *bis in idem*, e caso o outro Estado envolvido tenha aplicado a punição pelo fato, o Brasil deverá abster-se de exercer o *jus puniendi*.

**Keywords:** criminal law; competence; territoriality; internet digital crimes.

**Abstract:** The society change it is always faster than the evolution of entirety standards in countries of legal system such as Brazil. As a rule, although the enormous amount of existing laws the Legislative Branch cannot meet the demand for laws that discipline the new relationships that are established daily. Nowadays, this change in societies has been shown even faster due to advances in technology and consequently, new customs and new forms of socially

harmful conduct emerges daily. Through technological experience in the last decades, Internet has been presenting itself as a means of communication, as well as dissemination of ideas and content, which are not always lawful. In relation to criminal law and crime arising from this new characterization of society it's observed that, besides the absence of legal devices capable of satisfactory answer these new relations the principle of legality prohibiting the use of analogy to criminalize conduct. This entails the impossibility of applying a penal sanction to these new facts that are harmful but do not have legislation to discipline them. In this way, it is possible to see more virtual criminals, who slander, threaten and steal information from others in their own or third parties. With regard to criminal procedural law, it is observed that these new harmful behaviors practiced in the virtual environment have brought many problems to the institute of the establishment of jurisdiction for the trial of crimes since it is necessary to identify the competent court to prosecute and judge the individual. The Judiciary sees itself daily in the face of the inevitability of expressing itself on all the cases that are put to it for appraisal, it ends up constructing more jurisprudences on the subject being these decisions are not always uniform, leading to an urgent need for legal predictions that will satisfactorily discipline virtual crimes. In analyzing the content of decisions regarding virtual crimes by the courts that make up the Brazilian Judiciary, there is a willingness to try to deal with all cases fairly, however, most of the time, these decisions are conflicting, which also generates injustice. In considering a possible homicide in which an adolescent in the United States, fitted an Unmanned Aerial Vehicle (a drone) with an automatic pistol and created a drone firing, the present research, through a review of the literature, a study of the legislation and jurisprudence pertinent to the case, sought to analyze the treatment that would be given to a similar cases under the Brazilian jurisdiction. In the end, it was verified that in relation to the hypothesis of crime against the life committed by drone, if the crime is committed within the national territory, the case would be solved according to the prediction of article 70 of the Code of Criminal Procedure, according to which the place where the infraction is consummated is considered competent. It would be competent the Court of the Jury of the place where the death occurred. However, in the case of a crime occurring in the territory of two countries, being the Brazilian victim or the author, the Brazilian federal jurisdiction will be competent to appreciate the fact, in view of the rule contained in article 6 of the Criminal Code that considers the crime committed in the place where the action or omission occurred in whole, or in part, as well as where the result was

produced or should be produced. In this case, the prohibition of the *bis in idem* principle must be respected, and in case the other State concerned, has applied the punishment for the fact, Brazil shall refrain from exercising *jus puniendi*.

## 1 INTRODUÇÃO

Em face da crescente evolução tecnológica, a Internet vem se mostrando cada vez mais acessível e em consequência, mais utilizada, sendo para acessar redes sociais, arquivos hospedados em serviços online, notícias, dentre inúmeros outros serviços. Assim, conforme o número de acessos aumentou, aumentaram também os serviços disponibilizados por empresas como bancos, intermediadoras de bolsa de valores e de vendas online em geral.

Esse mercado crescente, também chama atenção dos criminosos, uma vez que através das falhas de segurança desses provedores de serviço, é possível tirar proveito para si próprio. Dessa forma, surge atualmente um novo “tipo de agente”, os criminosos digitais, que atuam no campo da Internet com o intuito de burlar sistemas de segurança através de programas de computador, ou mesmo induzir pessoas ao erro por meio da Internet.

Assim, é possível perceber que a utilização do computador como um facilitador para o criminoso, uma vez que este não necessita de realizar grave ameaça para concretizar o crime, além de que, pode ser realizado através de qualquer dispositivo configurado a partir de qualquer parte do mundo, aliado ao anonimato gerado pela rede, gera a sensação no criminoso de que este estará impune do coercitivo do Estado ao cometer o ato ilícito desejado.

De forma equiparada, o Estado tenta aumentar o conhecimento dos métodos utilizados pela criminalidade e regulamentar tais ações indesejadas, contudo sem sucesso relevante. Contudo, o principal obstáculo quanto à regulamentação se mostra na necessidade de constante reformulação do ordenamento jurídico no tocante à Internet, uma vez que a tecnologia se mantém em constante atualização.

Assim, verifica-se que é possível ter a Internet como um “território” de alto potencial ofensivo, e necessário de se haver legislação específica, situação não existente de modo adequado, como já dito, no Brasil.

Posto isso, observa-se que o conteúdo normativo atual se restringe à apenas jurisprudências diversas, que julgam casos específicos de óticas distintas, não havendo assim dos tribunais brasileiros um parecer unificador acerca do tema. Assim sendo, é possível dizer que o Brasil ainda se encontra distante da realidade normativa exigida atualmente quanto aos

crimes digitais, pois que a Internet como fenômeno mundial apresenta a cada ano mais desenvolvimento, aprimoramento e estudo, facilitando para além dos usos legais, também a ilegalidade.

Tal fato pode ser diagnosticado pelo número baixo de casos apresentados à nossa polícia e nossos tribunais, uma vez que de igual complexidade é a identificação desses tipos de crimes, pois uma vez consumado de maneira correta, o crime pode passar impune.

Vê-se, portanto, nos crimes digitais uma modalidade de delito de difícil identificação e punição do agente, fato que colabora para a difusão desses crimes. Assim, o presente artigo, por meio de estudo bibliográfico, revisão de literatura pertinente ao tema e, de modo específico, pretende realizar estudo das decisões dos tribunais no que se refere às especificidades de competência e territorialidade nos crimes virtuais no caso de utilização de veículo aéreo não tripulado para o cometimento de crimes contra a vida.

## **2 AS REGRAS DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA SEGUNDO O CÓDIGO PENAL E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIROS:**

É importante notar que na doutrina há uma tripartição das principais teses de divisão e fixação de competência, sendo esta dependente do fato criminoso em si. Assim, têm-se as três teorias: a) Teoria da atividade, em que o local do crime passa a ser o da conduta criminosa; b) Teoria do resultado, segundo o qual o local do crime é o lugar onde ocorrer os resultados da ação e c) Teoria da ubiquidade ou mista, que define como sendo o local do crime tanto o local do resultado quanto o da conduta criminosa.

Desse modo, observa-se que a teoria que o Código Penal de 1940 adota é da ubiquidade ou mista, fato que pode ser observado na leitura do artigo 6º do mesmo diploma que assim dispõe:

Art. 6º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Diferentemente, o Código de Processo Penal em seu artigo 70 parece adotar teoria diferente, uma vez que dispõe:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que foi praticado o último ato de execução.

Tal conflito de normas deve ser desconsiderado levando em consideração que o artigo 6º do Código Penal é destinado ao direito penal internacional, ou seja, conflito de competências

de crimes iniciados no Brasil e terminados no exterior, ou vice-versa. Já o dispositivo do Código de Processo Penal se destina a crimes cometidos somente no território nacional, determinando que seja considerado então, como já mencionado, o local em que se consumar a infração.

A partir desta conclusão, tem-se que os crimes digitais cometidos dentro do território nacional já possuem previsão de competência jurisdicional e processual, uma vez que se enquadram na disposição legal que determina os locais de seus resultados como competente para apreciação e julgamento do caso. Assim, verifica-se que o problema ocasionado pela falta de normas tem intrínseca relação aos crimes envolvendo sujeito de diferentes países, uma vez que envolve também diferentes Estados.

O Art. 69 do Código de Processo Penal trata hierarquicamente das hipóteses de aferição do juízo competente para aplicação da lei penal priorizando a seguinte ordem taxativa: o lugar da infração; o domicílio ou residência do réu; a natureza da infração; a distribuição; a conexão ou continência; a prevenção; e a prerrogativa de função. É válido observar também que não só o CPP trata das questões de competência para julgamento dos crimes, haja vista a existência, por exemplo, do Art. 5º, XXXVII, d, CF, que define a competência exclusiva do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Além desta previsão, a Constituição Federal Brasileira de 1988 garante em seu Art. 5º, III, que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente.

Guilherme de Souza Nucci<sup>1</sup> conceitua a competência nos seguintes termos:

Trata-se da delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os. O Supremo Tribunal Federal tem competência para exercer sua jurisdição em todo o Brasil, embora, quanto à matéria, termine circunscrito a determinados assuntos. Não pode, por exemplo, o Ministro homologar uma separação consensual de casal proveniente de qualquer parte do país, embora possa, conforme o caso, apreciar um habeas corpus de pessoa presa em qualquer ponto do território brasileiro. O juiz de uma pequena cidade pode tanto homologar a separação consensual de um casal residente no mesmo local, quanto analisar uma prisão ilegal realizada por autoridade policial da sua Comarca. Não pode, no entanto, julgar casos pertinentes à Comarca vizinha.

Se um crime for cometido em uma cidade do interior, desde que não haja nenhuma outra prerrogativa para exercício da jurisdição por outro Juiz, a competência será do Juízo da Vara Criminal da Comarca que abrange o município, como, por exemplo, se houver um crime

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011.

de furto simples, na forma do Art. 155, *caput*, CP, na “Cidade A”, o crime será processado e julgado na Comarca da mesma cidade.

Não obstante, existem normas que transcendem a regra do disposto no Art. 69, CPP, como a previsão para determinar a competência por conexão ou continência prevista no Art. 78 do mesmo diploma legal. Assim, no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri; no concurso de jurisdições da mesma categoria temos as seguintes possibilidades: a) preponderará a do lugar da infração à qual for cominada a pena mais grave; b) no caso de infração penal com penas iguais, prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações; c) e nos demais casos, firmar-se-á a competência pela prevenção. Em relação ao concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; e no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá a especial.

### 3 A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS CRIMES DIGITAIS SEGUNDO OS TRIBUNAIS BRASILEIROS:

Na Internet, a aferição do lugar do crime pode ser uma tarefa árdua, tendo em vista que milhões de pessoas estão conectadas a partir de um ponto na Terra, mas o resultado do crime poderá ocorrer em qualquer lugar no mundo.

No caso de um crime de racismo cometido pela internet, no qual vários agentes preferiram posturas racistas na comunidade virtual, sendo que cada um residia em localidade distinta, decidiu-se pela unidade de processos tendo em vista a conexão instrumental que se estabeleceu no caso.

Vejamos:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RACISMO PRATICADO POR INTERMÉDIO DE MENSAGENS TROCADAS EM REDE SOCIAL DA INTERNET. USUÁRIOS DOMICILIADOS EM LOCALIDADES DISTINTAS. INVESTIGAÇÃO DESMEMBRADA. CONEXÃO INSTRUMENTAL. EXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO EM FAVOR DO JUÍZO ONDE AS INVESTIGAÇÕES TIVERAM INÍCIO.

1. A competência para processar e julgar o crime de racismo praticado na rede mundial de computadores estabelece-se pelo local de onde partiram as manifestações tidas por racistas. Precedente da Terceira Seção.

2. No caso, o procedimento criminal (quebra de sigilo telemático) teve início na Seção Judiciária de São Paulo e culminou na identificação de alguns usuários que, embora domiciliados em localidades distintas, trocavam mensagens em comunidades virtuais específicas, supostamente racistas. O feito foi desmembrado em outros treze procedimentos,

distribuídos a outras seções judiciárias, sob o fundamento de que cada manifestação constituía crime autônomo.

3. Não obstante cada mensagem em si configure crime único, há conexão probatória entre as condutas sob apuração, pois a circunstância em que os crimes foram praticados – troca de mensagens em comunidade virtual – implica o estabelecimento de uma relação de confiança, mesmo que precária, cujo viés pode facilitar a identificação da autoria.

4. Caracterizada a conexão instrumental, firma-se a competência pela prevenção, no caso, em favor do Juízo Federal de São Paulo - SJ/SP, onde as investigações tiveram início. Cabendo a este comunicar o resultado do julgamento aos demais juízes federais para onde os feitos desmembrados foram remetidos, a fim de que restituam os autos, ressalvada a existência de eventual sentença proferida - art. 82 do Código de Processo Penal – (CPP). 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 116.926 - SP 2011/0091691-2)

Outro posicionamento do STJ que merece destaque é o Conflito de Competência n. 121215/PR, no qual se discutia o delito de divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes que poderia ser remetido à Justiça Federal em atenção ao interesse de menores e a possibilidade de as imagens terem alcançado âmbito internacional.

Nesse aspecto, o STJ entendeu que enquanto não houver comprovado alcance das imagens em território internacional, não deve haver a remessa à Justiça Federal.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES RELACIONADOS À DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MEIO DA INTERNET. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE INTERNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. O fato de o suposto crime praticado contra menores ter sido cometido por meio da rede mundial de computadores (internet), não atrai, necessariamente, a competência da Justiça Federal para o processamento do feito.

2. Para se firmar a competência da Justiça Federal, além de o País ser signatário de acordos e tratados internacionais, deve-se demonstrar que a divulgação das cenas pornográficas envolvendo crianças e adolescentes efetivamente ultrapassou as fronteiras do Estado Brasileiro.

3. A hipótese dos autos demonstra ser apenas a troca de mensagens eletrônicas entre pessoas residentes no Brasil, por meio de correio eletrônico e de comunidades virtuais de relacionamento como MSN, sem transpor a fronteira do Estado Brasileiro, ausente o requisito da transnacionalidade, motivo pelo qual deve ser apurada pela Justiça estadual.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal de Rolândia/PR, o suscitado. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 146.422 - SP 2016/0114924-0)

Ao contrário, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª região já proferiu julgados no sentido de considerar o delito de divulgação de imagens pornográficas de menores pela internet

como sendo de competência federal, dado ao fato de não ser possível a delimitação do alcance dessas fotos.

PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90). ARTIGO 241. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88 (CF). CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. DECRETO LEGISLATIVO Nº 28/90 E DECRETO Nº 99.710/90. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS PORNOGRÁFICAS DE MENORES PELA INTERNET. FIXAÇÃO DA PENA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO.

1. O Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 28, de 24.09.90, bem como o Governo Federal, por força do Decreto nº 99.710, de 21.11.90, incorporaram ao direito pátrio os preceitos contidos na Convenção Sobre os Direitos da Criança, que prevê, entre outras coisas, que os Estados Partes darão proteção legal à criança contra atentados à sua honra e a sua reputação (art. 16), bem como tomarão as medidas que foram necessárias para impedir a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos (art. 34).

2. A justiça federal é competente para o processamento e julgamento da causa, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 109, V, da CF/88, pois o delito praticado (art. 241 do ECA) encontra previsão no citado tratado, bem como sua execução teve início no País. Quanto ao resultado, levando-se em conta que o meio de divulgação utilizado foi a rede mundial de computadores (INTERNET), as fotos podem ter alcançado todos os países que tem conexão com a rede, ou seja, praticamente todo o planeta.

3. Recurso ministerial provido para declarar a competência da Justiça Federal para examinar e julgar o feito, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de origem, para o seu prosseguimento.

4. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito pelo farto conjunto probatório, é de ser reconhecida a responsabilidade penal do réu pelo cometimento do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois o mesmo utilizava-se de seu site na Internet para divulgar pornografia infantil, através da publicação de fotos pornográficas envolvendo crianças, que eram enviadas a ele por correio eletrônico (email). (TRF-4ª REGIÃO-ACR-APELAÇÃO CRIMINAL-200204010331897/PARANÁ - 7ª TURMA-29/04/2003 -TRF400087723).

Na mesma linha de raciocínio, o exemplo abaixo relata o delito de discriminação racial que ocorreu a nível transnacional. Nesse sentido o TRF-1 entende que é a Justiça Federal competente para apreciar esta causa. Vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. LEI N. 7.716 /89, ART. 20 , § 2º. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. CRIME PRATICADO PELA INTERNET. RECURSO PROVIDO.

1. A conduta narrada na peça acusatória, consistente na divulgação de mensagens de cunho discriminatório racial, via internet, no sítio

"orkut.com", por meio da comunidade virtual é, em tese, típica, subsumindo-se ao crime previsto no artigo 20 , § 2º, da Lei 7.716 /89.

2. Tratando-se de divulgação de conteúdo racista, por meio do orkut - comunicação eletrônica disponibilizada para qualquer indivíduo, inclusive fora do Brasil - verifica-se a ocorrência da transnacionalidade a atrair a competência da Justiça Federal.

3. Compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, eis que trata do cometimento de delito por meio eletrônico que se refere às infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, cujo acesso se dá além das fronteiras do território nacional.

4. Não se mostra apropriado afirmar categoricamente que não existem indícios de que o acusado estaria imbuído de dolo, considerando o contexto no qual foi feito o comentário: comunidade virtual, criada precipuamente para a prática, induzimento e incitação ao preconceito e à discriminação racial.

5. Provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal , a denúncia dever ser recebida, com o regular prosseguimento do feito. 6. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento.

O Conflito de Competência n. 125125/SP discutia o cometimento do crime de calúnia por meio de publicação em “*blog*” (diário pessoal no ambiente virtual) e a competência para processar e julgar o delito.

Para o STJ, o local de cometimento do delito é aquele no qual se opera os atos executórios. Sendo assim, será competente o juízo do local em que o provedor do site situar, como pode-se observar no transcrito abaixo:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA. OFENSAS PUBLICADAS EM BLOG NA INTERNET. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE ESTÁ SEDIADO O SERVIDOR QUE HOSPEDA O BLOG .

1. O art. 6º do Código Penal dispõe que o local do crime é aquele em que se realizou qualquer dos atos que compõem o iter criminis . Nos delitos virtuais, tais atos podem ser praticados em vários locais.

2. Nesse aspecto, esta Corte Superior de Justiça já se pronunciou no sentido de que a competência territorial se firma pelo local em que se localize o provedor do site onde se hospeda o blog , no qual foi publicado o texto calunioso.

3. Na hipótese, tratando-se de queixa-crime que imputa prática do crime de calúnia, decorrente de divulgação de carta em blog , na internet , o foro para processamento e julgamento da ação é o do lugar do ato delituoso, ou seja, de onde partiu a publicação do texto tido por calunioso. Como o blog denominado Tribuna Livre do Juca está hospedado na empresa NetRevenda (netrevenda.com), sediada em São Paulo, é do Juízo Paulista, ora suscitante, a competência para o feito em questão.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central da Barra Funda - São Paulo/SP, o suscitante.

No tocante ao assunto, o TRF-4 ao julgar a subtração de valores depositados em banco, entendeu que se trata do delito de furto mediante fraude, restando afastada a hipótese de estelionato.

PROCESSO PENAL. CRIME PRATICADO PELA INTERNET. SUBTRAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM BANCO. TIPICIDADE. FURTO MEDIANTE FRAUDE. ESTELIONATO NÃO CONFIGURADO. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DELITO.

1. O exame do inquérito e futura ação penal compete ao magistrado que tem jurisdição sobre o local da ocorrência do fato, consoante o disposto no art. 70 do CPP.
2. Em que pese a existência de recentes julgados desta Corte entendendo tratar-se de estelionato (com a divergência deste Relator) firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a hipótese de subtração, por meio eletrônico, de valores depositados em instituição bancária configura o crime de furto mediante fraude.
3. Modificada a orientação da 4ª Seção para, com base nos precedentes citados, declarar competente, in casu, a Subseção Judiciária onde está situada a agência que mantém a conta corrente da qual os valores foram subtraídos.

No mesmo norte, no tocante à prática de extração sistemática de contas bancárias, o TRF-5 entende estar diante do delito de furto qualificado pelo uso da rede mundial de computadores.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. APELAÇÃO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE PRESO EM OUTRA AÇÃO PENAL E ENVOLVIDO MAIS DE UMA VEZ EM CRIMES VIRTUAIS. MUDANÇA DE ENDEREÇO NÃO INFORMADA AO JUÍZO COMPETENTE. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRESIDIO PRÓXIMO À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. ORDEM DENEGADA.

1. Cuida-se de HABEAS CORPUS, com pedido liminar, impetrado em favor de RAUL BEZERRA DE ARRUDA JÚNIOR, apontando como autoridade coatora o Juiz Federal da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba por ter indeferido o pedido de liberdade provisória, nos autos do processo n.º 0001537-02.2014.4.05.8201, face à sentença penal condenatória proferida nos autos da Ação Penal n.º 2006.82.01.001114-6, instaurada para apurar a prática dos delitos tipificados nos artigos 1º, VII, c/c parágrafo 2º, inc. I, da Lei n.º 9.613/98, e nos arts. 288 e 155, parágrafo 4º, inc. II e IV, do Código Penal.
2. Depreende-se dos autos que o paciente, juntamente com outros cinco acusados, em liame subjetivo permanente, formaram uma quadrilha visando ao furto sistemático de contas bancárias, mediante a utilização de programas preparados para invadir e subtrair contas bancárias pela internet, o que configuraria, em tese, os tipos penais previstos nos artigos 155, parágrafo 4º, inciso II e IV, e 288, ambos do Código Penal, no artigo 10 da Lei n. 9.296/96, no artigo 10 da Lei Complementar n. 105/2001 e no artigo 1º, inciso VII, c/c parágrafo 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98.

3. O impetrante sustenta, em síntese, que a decisão de indeferimento do pedido de liberdade provisória carece de fundamentos concretos e sem qualquer alicerce para a manutenção da segregação cautelar do paciente. Pugna, pois, pela concessão da ordem assegurando-lhe o direito de responder a todos os atos do processo em liberdade até o seu trânsito em julgado, ou, na remota impossibilidade, a imediata transferência do paciente para um presídio próximo à localidade da residência de sua família situada em Parnamirim/RN.

4. Afastada a alegação de nulidade do ato judicial de negativa do direito de apelar em liberdade, porquanto satisfatoriamente fundamentado pelo juízo a quo na parte dispositiva da sentença condenatória. Excerto da sentença transcrito.

5. Conforme se infere da parte dispositiva da sentença condenatória, o paciente não se inibiu de continuar a prática delitiva tendo sido preso novamente em cumprimento à determinação do Juízo da Comarca de Pombal-PB nos autos do Processo n.º 1921-53.2012.8.15.0301, além de ter-se envolvido mais de uma vez em crimes virtuais. Consta, ainda, o registro de que o paciente não foi localizado pela Polícia Federal nos endereços indicados em Campina Grande/PB.

6. A não comunicação de mudança de endereço ao juízo competente, bem como a reiteração das condutas delituosas, revela a inadequação e insuficiência das medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP.

7. Considerando que inexistem elementos nos autos suficientes à análise do pedido de transferência do paciente para um presídio próximo à localidade da residência de sua família (Parnamirim/RN), cabe ao Juízo de Execuções Penais do Rio Grande do Norte apreciar tal pretensão. Ordem de habeas corpus denegada em consonância com o parecer ministerial. (TRF-5 - HC: 00093902720144050000 AL, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 15/01/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/01/2015)

Por fim, o Tribunal Regional Federal-4, julgando o crime de furto através da rede de computadores reforçou o posicionamento de decretação da prisão cautelar por ser um crime de difícil rastreamento e fácil ocultação de provas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, II, DO CP) E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ART. 288 DO CP). CRIMES PRATICADOS PELA INTERNET.

1. A gravidade dos crimes sob comento e a audácia das condutas, conduzem à necessidade da manutenção da prisão cautelar, no intuito de afastar do meio social o investigado, considerando que a atuação do paciente na quadrilha era intensa e figurava como um dos principais integrantes da trama delituosa, sendo essencial para o êxito dos delitos.
2. Presente a possibilidade de reiteração da conduta delituosa, uma vez em liberdade o paciente, tendo em conta se tratar de caso de crimes tecnológicos, de difícil rastreamento, praticado por hackers, altamente estimulados pelo desafio da praticar crimes sob o manto da impunidade, possuindo o conhecimento necessário à retomada das ações criminosas. (TRF-4 - HC: 17675 RS 2007.04.00.017675-3, Relator: TADAAQUI HIROSE, Data de Julgamento: 19/06/2007, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 27/06/2007)

Em suma, na falta de leis específicas, as decisões proferidas por órgãos superiores são interpretadas como regras norteadoras, principalmente no âmbito formal do julgamento dos atos ilícitos.

Percebe-se que há certa disparidade na jurisprudência brasileira, visto que ora basta ter conhecimento do local do crime para que lá seja julgado e processado, como visto no segundo acórdão, ora pode vir a ser da competência federal, pois, consoante com a decisão da Suprema Corte Brasileira, ao permitir que determinadas informações sejam veiculadas na Internet, dá-se o espaço para que qualquer pessoa possa ter acesso.

#### **4 A TERRITORIALIDADE NOS CRIMES À DISTÂNCIA E SUAS PECULIARIDADES: O CASO DE UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO AÉREO NÃO TRIPULADO PARA O COMETIMENTO DE CRIME CONTRA A VIDA:**

Conforme o elucidado acima, percebe-se que os critérios de fixação de competência e jurisdição para o julgamento e processo de crimes digitais encontram-se equiparados aos crimes materiais, fato inadmissível atualmente, uma vez que é possível não somente cometer crimes de menor potencial ofensivo através da internet, mas também crimes graves se utilizando de Veículos Aéreos Não Tripulados municiados com explosivos ou quaisquer tipos de armas.

Percebe-se, portanto, que a evolução tecnológica faz com que se dispense a presença do agente ou mesmo a aproximação deste para o cometimento do ato criminoso e, desta forma, é necessária complementação no ordenamento jurídico vigente que tutele tais casos a fim de dar segurança às pessoas, tendo em vista que o distanciamento do agente pode garantir seu anonimato antes, durante a conduta criminoso.

Considerando a o crescimento da informática em nível global, é necessário realizar determinadas especulações quanto aos possíveis crimes que poderiam ser praticados através de veículos aéreos não tripulados. Recentemente um jovem munuiu um *drone* de uma pistola automática e, então, foi criado um “veículo aéreo não tripulado que efetua disparo”, conforme reportagem<sup>2</sup> que tem trecho transcrito abaixo.

Um jovem norte-americano construiu um drone que, equipado com uma pistola automática, é capaz de fazer disparos. Mostrada em um vídeo publicado no YouTube por Hogwit, nome de Austin Haughwout, na sexta-feira (10), a associação entre máquina e arma é considerada ilegal pela

<sup>2</sup> Jovem cria drone armado com pistola automática que faz disparos. G1, São Paulo, 16 de julho 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/07/jovem-cria-drone-armado-com-pistola-automatica-que-faz-disparos-veja.html>>. Acesso: 04 novembro 2016.

Administração Federal de Aviação dos Estados Unidos (FAA, na sigla em inglês).

Pode-se citar, apenas para fins didáticos, um exemplo em que uma pessoa deseja ceifar a vida de outrem e, para isto, constrói um *drone* aparelhado com uma arma apta a ser controlado pela rede e, então, residindo na localidade A, controla-o até a localidade B para praticar o fato.

No referido em análise ao *códex* processual penal, chega-se à conclusão, com supedâneo no Artigo 71 do referido diploma legal, que a fixação de competência deve ser adotada de acordo com o critério da prevenção, tendo em vista que o ato ocorreu, simultaneamente, em território de duas jurisdições.

#### **5 CRIMES CONTRA A VIDA ATRAVÉS DA REDE – O PROCEDIMENTO “BALEIA AZUL”**

Transcendendo a utilização *drones* para o cometimento de crimes contra a vida e as questões dos crimes através da rede já levantadas, tornou-se público o procedimento denominado “Baleia Azul”<sup>3</sup>, no qual, motivadas por outrem, aparentemente sem razão, pessoas realizam 50 (cinquenta) procedimentos, dentre os mais variados, como, por exemplo, prática de pedofilia, automutilação e, por fim, o suicídio.

Por se tratar de um jogo com tal dimensão de perversão, a ponto de fazer o indivíduo se matar, ele só é encontrado em grupos fechados da rede social *Facebook* e em sites de natureza anônima, ou até mesmo através da *Deep Web*<sup>4</sup>, sendo esta última uma plataforma em que se pode dialogar anonimamente sem que haja interceptação, fatos que colaboram para o acobertamento dos reais culpados.

Após a pessoa manifestar seu desejo em participar do procedimento a alguém que o gereencie ou através de outro meio, ele é colocado em um destes grupos e um “comandante” começa a designar desafios diários à pessoa, acompanhando-a e deixando claro desde o início que o referido processo a levará à morte e que, se em último caso o jogador queira deixar o jogo, não poderá, sob ameaça de morte de familiares e demais atrocidades, forçando o indivíduo, então, a permanecer praticando os atos e, por fim, tirando a própria vida.

A origem do jogo e os primeiros casos de morte em relação são advindos da Rússia, no ano de 2015, época em que o desafio ainda era desconhecido e se investigavam apenas

<sup>3</sup> Pedofilia e rituais em cemitérios, a cara oculta dos curadores do Baleia Azul. El País, Rio de Janeiro, 23 de julho 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/21/politica/1500589182\\_757410.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/21/politica/1500589182_757410.html)>. Acesso: 24 jul. 2017.

<sup>4</sup> Deep web: saiba o que acontece na parte obscura da internet. Olhar Digital, 06 de dezembro 2012. Disponível em: <[https://olhardigital.com.br/fique\\_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120](https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120)>. Acesso: 24 jul. 2017.

suicídios, sendo que, com a recente popularização, por volta do mês de abril deste ano, começaram a ganhar destaque casos de morte de pessoas que estavam participando do procedimento, englobando em sua maior parte crianças e adolescentes.

Há que se falar em crime em relação ao procedimento, tendo o texto constante no Código Penal Brasileiro:

Art. 122: Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Nesse esteio, é possível se falar em cometimento de crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio no tocante ao procedimento “Baleia Azul”, desde que direcionado a alguém, tendo em vista que, no início referido processo, é dito à vítima que esta deverá, como etapa final, retirar a própria vida. Não menos importante é destacar que outras questões de natureza criminal poderiam ser suscitadas, como, por exemplo, a ameaça, entre outras.

Percebe-se, novamente, numerosa quantidade de atos perniciosos à coletividade devidamente tipificados na legislação penal brasileira que, por muitas vezes, podem ser acobertados em vista da capacidade de anonimato prevista na internet.

Assim, o caso do jogo da Baleia Azul – que ainda tem mostrado casos no Brasil – é a representação das dimensões e impactos negativos da Internet para o cometimento de crimes já estipulados, dotando-se o autor do anonimato da rede e de inúmeros outros meios de ocultamento de provas e vestígios.

## 6 CONCLUSÃO

Conforme se observou, não há legislação vigente capaz de disciplinar todas as possibilidades de condutas lesivas praticadas no mundo virtual. Em verdade, não há legislação capaz de prever todas as possibilidades lesivas para disciplina-las previamente, no entanto, é necessário que o legislador se antecipe quando possível e, quando não for, que o ele atue no sentido de uniformizar as regras e atender à demanda quando solicitado, em especial, quando o tema se torna recorrente nos tribunais.

No que se refere aos crimes digitais, verificou-se que a legislação existente é deficiente e que tal deficiência se reflete no grande número de decisões judiciais, muitas das vezes,

absolutamente divergentes. No caso de crime de racismo cometido pela internet em que vários agentes de várias localidades proferiram declarações racistas na internet, decidiu-se pela unidade de processos tendo em vista a conexão instrumental que se estabeleceu no caso.

O STJ no Conflito de Competência n. 121215/PR, no qual se discutia a remessa dos autos à Justiça Federal de delito de divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes em atenção ao interesse de menores e a possibilidade de as imagens terem alcançado âmbito internacional, entendeu que enquanto não houver comprovado alcance das imagens em território internacional, não deve haver a remessa à Justiça Federal.

Ao contrário, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª região já proferiu julgados no sentido de considerar o delito de divulgação de imagens pornográficas de menores pela internet como sendo de competência federal, dado ao fato de não ser possível a delimitação do alcance dessas fotos.

No caso de injúria racial cometida pela internet, o Tribunal Regional Federal 1 entendeu que é a competência é da Justiça Federal tendo em vista o caráter transnacional do fato. Por seu turno, o STJ, no Conflito de Competência n. 125125/SP onde se discutia a competência para julgamento do crime de calúnia por meio de publicação em “*blog*” (diário pessoal no ambiente virtual), entendeu que o local de cometimento do delito é aquele no qual se opera os atos executórios. Sendo assim, será competente o juízo do local em que o provedor do site situar.

O TRF-4 ao julgar a subtração de valores depositados em banco, entendeu que se trata do delito de furto mediante fraude, restando afastada a hipótese de estelionato. No mesmo norte, no tocante à prática de extração sistemática de contas bancárias, o TRF-5 entende estar diante do delito de furto qualificado pelo uso da rede mundial de computadores. Por fim, o Tribunal Regional Federal-4, julgando o crime de furto através da rede de computadores reforçou o posicionamento de decretação da prisão cautelar por ser um crime de difícil rastreamento e fácil ocultação de provas.

Em relação à hipótese de crime contra a vida cometido por meio de Veículo Aéreo Não Tripulado, observa-se que se o crime for cometido dentro do território nacional, o caso será resolvido conforme a regra do art. 71 do Código de Processo Penal, caso o local do ato e do fato não sejam os mesmos.

Todavia, no caso de crimes dessa natureza ocorridos no território de dois países, a jurisdição brasileira do último ato de execução será competente para apreciar o fato, tendo em vista a regra contida no art. 70 do Código Penal que considera praticado o crime no lugar em

que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

O que se pode perceber com as pesquisas e com o desenvolvimento do trabalho, é que a legislação penal brasileira é escassa em relação aos crimes cometidos através da internet, bem como que o anonimato, inclusive vedado pela Constituição Federal no que se refere às opiniões, é possível, gerando, assim sensação de impunidade e desordem através da Internet e portanto há de se falar em uma competência especial aos crimes digitais, visto que seu meio de propagação facilita sua propagação e cometimento.

Desse modo, não pelo tipo penal, mas pelo meio empregado para o cometimento do crime há de se debater desde o primórdio de crimes dessa natureza, em um enrijecimento das estruturas legais quanto ao cometimento de crimes contra a vida com emprego de meios digitais e Internet, visto ser uma realidade cada vez menos distante e passível de cometimento por civis.

## 7 REFERÊNCIAS

BARRETT, Neil. **Digital Crime**. London: Kogan Page, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Organizador Editora Saraiva. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Organizador Editora Saraiva. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 146422 – SP (2016/0114924-0)**. Suscitante: Juízo de Direito do Foro Central Criminal Barra Funda- Dipo 3 – São Paulo – SP. Suscitado: Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Interessado: Justiça Pública. Interessado: T.B.B. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência nº 121215 - PR (2012/0036333-8)**. Suscitante: Juízo Federal da Vara Criminal e Juizado Especial de Londrina - SJ/PR. Suscitado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Rolândia. Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS) - Terceira Seção Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Primeira Seção.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. **Processo ACR 2215 RO 2006.41.00.002215-4**. Julgamento: 28 de setembro de 2010. Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. **Processo RSE 203056620124013800 MG 0020305-66.2012.4.01.3800**. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 30 de julho de 2013. Relatora: Desembargadora Federal Monica Sifuentes.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo CC 125125 SP 2012/0214861-1**. Órgão Julgador: S3 - Terceira Seção. Julgamento: 28 de novembro de 2012. Relatora: Ministra Alderita Ramos De Oliveira (Desembargadora Convocada Do TJ/PE).

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. **Processo CC 8650 PR 2007.04.00.008650-8**. Julgamento: 18 de junho de 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. **Processo HC 00093902720144050000 AL**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento.: 15 de janeiro de 2015. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. **"Habeas Corpus" N° 2007.04.00.017675-3/Rs**. Relator: Des. Federal Tadaaqui Hirose. Impetrante: Nara Helena Paranhos Oliveira. Paciente: Raul Cesar Perossi De Oliveira Reu Preso. Impetrado: Juízo Substituto Da 01a Vf Criminal Sfn E Jef Criminal De Porto Alegre.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**Deep web: saiba o que acontece na parte obscura da internet**. Olhar Digital, 06 de dezembro 2012. Disponível em: <[https://olhardigital.com.br/fique\\_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120](https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/deep-web-saiba-o-que-acontece-na-parte-obscura-da-internet/31120)>. Acesso: 24 julho 2017.

**Entenda o 'Jogo da Baleia Azul' e os riscos envolvidos**. G1, 13 de abril 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/blog/andrea-ramal/post/entenda-o-jogo-da-baleia-azul-e-os-riscos-envolvidos.html>>. Acesso em: 20 junho 2017.

**Jovem cria drone armado com pistola automática que faz disparos**. G1, São Paulo, 16 de julho 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/07/jovem-cria-drone-armado-com-pistola-automatica-que-faz-disparos-veja.html>>. Acesso: 04 novembro 2016.

**Pedofilia e rituais em cemitérios, a cara oculta dos curadores do Baleia Azul**. El País, Rio de Janeiro, 23 de julho 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/21/politica/1500589182\\_757410.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/21/politica/1500589182_757410.html)>. Acesso: 24 julho 2017.

**Polícia Civil realiza operação para prender envolvidos com o jogo Baleia Azul**. G1 Rio, 18 de julho 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/policia-civil-realiza-operacao-para-prender-envolvidos-com-o-jogo-baleia-azul.ghtml>>. Acesso em: 20 junho 2017.

**Morte ao jogo Baleia Azul**. Estadão, 05 de julho 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/morte-ao-jogo-baleia-azul/>>. Acesso em: 20 junho 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.

## TRAGÉDIA HUMANA: O LINCHAMENTO DE UM “ESTADO DE DIREITO”

*Belmiro Jorge Patto\**  
*Rafael Pereira\*\**  
*Thatiane Moro Mulati\*\*\**

**Palavras-chave:** linchamento; sistema; penitenciário; justiça; legalidade;

**Resumo:** O presente trabalho aborda a problemática do linchamento no Brasil. Para tanto, busca-se contextualizar o tema desde seus aspectos antropológico, a partir das teses elaboradas por René Girard, até os paralogismos do monopólio da violência pelo Estado que, no caso brasileiro, tem se estendido até as malhas dos aparatos mais extremos como o sistema penitenciário, onde tal fenômeno deveria ser ausente e, no entanto, acontecem com alarmante frequência linchamentos de presos pelos próprios presos, denotando não só a ineficácia do sistema judiciário como instituição de prevenção da violência privada, e inversamente como dispositivo anômalo de solução do problema da superlotação.

Para tanto, a metodologia utilizada será a revisão bibliográfica da temática e análise crítica dos modelos de atuação da vingança e da justiça penais. Não se abordará o tema das alternativas que hoje se apresentam ao próprio modelo de persecução penal estatal, tais como a justiça restaurativa e o abolicionismo penal.

No entremeio de extremos onde se encontra o sacrifício como estratégia de desvio da violência insita ao humano, e no outro polo o sistema judiciário como racionalização da vingança, onde termina o ciclo da própria violência, o surgimento de episódios de linchamento é tema que não pode ser descurado pela comunidade jurídica pois é signo de disfunção grave, seja dos mecanismos de cidadania, seja do próprio aparato estatal de monopólio da violência que deve ter como vetor a legalidade tanto nos limites de sua atuação, como de seus instrumentos de reação, quanto de suas políticas de prevenção. Neste sentido importa analisar comparativamente os mecanismos estatais de persecução penal, suas técnicas, estratégias e dispositivos; sua ineficácia e os episódios de linchamentos.

\* Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá – UEM - e-mail: [bjpatto@gmail.com](mailto:bjpatto@gmail.com) - Telefone: (44) 99800-9000 - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6529409406852084>

\*\* Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). e-mail: [rafaelpereir\\_a@hotmail.com](mailto:rafaelpereir_a@hotmail.com). Telefone: (44) 99841-3101. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8636666989537354>

\*\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). e-mail: [thatimulati@gmail.com](mailto:thatimulati@gmail.com). Telefone: (44) 99980-9096. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4040728653032747>

A perda da dimensão do sagrado nas sociedades modernas impossibilitou os rituais de sacrifício que eram mecanismos de prevenção da vingança privada, transferindo-se para o chamado bode expiatório o ímpeto de violência que caracteriza também o humano. Uma vez abolidos tais rituais, pode-se conjecturar que a canalização da vingança privada desemboca, em determinadas condições, na escolha arbitrária de uma vítima, traduzindo-se o linchamento em uma forma de dar vazão à pulsão violenta do humano. Importa, então, perquirir sobre quais seriam tais condições.

No decurso do desenvolvimento das sociedades ocidentais a atuação estatal por intermédio do sistema de justiça é que faz as vezes de aparato de prevenção daquela pulsão violenta, uma vez que põe fim ao ciclo da vingança, pois não só se apresenta como dispositivo contra o qual pouco pode o cidadão, isoladamente ou em conjunto, mas também como solução heterônoma que garante, minimamente ao menos, a racionalização da própria violência.

Quando, então, deixa de se apresentar razoavelmente como solução viável aos conflitos de violência o Estado como que devolve ao humano seu ímpeto violento que busca saciar-se em vítimas arbitrárias no fenômeno do linchamento. Os problemas da ineficácia e da falta de legitimidade institucional dos aparatos de persecução penal (da investigação à execução da pena), parecem ser importantes no reaparecimento de episódios de linchamento, como indicam os números na sociedade brasileira.

Pode-se concluir que os linchamentos aparecem quando a eficácia da solução heterônoma dos sistemas de justiça não condiz com as expectativas mínimas de dada sociedade, fazendo aflorar o ímpeto da violência insito ao humano, razão pela qual o resgate do monopólio da violência nos limites das balizas constitucionais e institucionais do Estado democrático de Direito se faz urgente e necessário no Brasil.

**Abstract:** The present study relates about the problem of lynching in Brazil. Therefore, it seeks to contextualize the theme from its anthropological aspects and from the theses elaborated by René Girard to the paralogisms of the monopoly of violence by the State, in the Brazilian case, has been extended to the meshes of the more extreme apparatuses such as the penitentiary system, where such phenomenon should be absent, and yet, alarming lynching of prisoners by the prisoners themselves occur, denoting not only the inefficacy of the judicial system Institution of prevention of private violence but also a inversely as an anomalous solution to the problem of overcrowding.

To do so, the methodology used will be the bibliographic review of the thematic and critical analysis of the models of action of revenge and criminal justice. We will not address the issue of alternatives to the model of state criminal prosecution, such as restorative justice and criminal abolitionism.

Among the extremes where sacrifice is a strategy of diverting violence from the human to the other, and in the hand, the judicial system as a rationalization of revenge, where the cycle of violence ends, the appearance of episodes of lynching is a subject that cannot be neglected by the legal community because it is a sign of serious dysfunction, either of the mechanisms of citizenship, or of the state monopoly of violence itself, which must have as a vector legality both within the limits of its performance, as well as its instruments of reaction and about your prevention policies. In this sense, it is important to analyze comparatively the state mechanisms of criminal prosecution, their techniques, strategies and devices; it's ineffectiveness and the episodes of lynching.

The loss of the dimension of the sacred in modern societies made impossible the rituals of sacrifice that were mechanisms of prevention of private revenge, transferring to the so-called scapegoat the impetus of violence that also characterizes the human. Once such rituals have been abolished, it can be hypothesized that the channeling of private revenge leads, under certain conditions, to the arbitrary choice of a victim, and lynching is translated into a way of giving the violent drive of the human. It is then necessary to inquire about what such conditions would be.

In the course of the development of western societies, state action through the justice system acts as an apparatus for preventing that violent drive, since it ends the cycle of revenge, for it not only presents itself as a device against which the citizen, lonely or aggregate, but also as a heteronomous solution that guarantees, at least, the rationalization of violence itself.

Therefore, when it ceases to present as a viable solution to conflicts of violence, the state as it returns to the human its violent impetus that seeks to satisfy itself in arbitrary victims in the phenomenon of lynching. The problems of ineffectiveness and lack of institutional legitimacy of the apparatuses of criminal prosecution (from investigation to sentence execution) seem to be important in the reappearance of episodes of lynching, as the numbers in Brazilian society indicate.

It can be concluded that lynching appear when the efficacy of the heteronomous solution of justice systems does not meet the minimum expectations of a given society, bringing out the impetus of violence to the human, reason why the rescue of the monopoly of violence within

the limits of Constitutional and institutional borders of the democratic State of Law becomes urgent and necessary in Brazil.

## 1 Introdução

No presente trabalho visa-se uma abordagem comparativa entre o fenômeno do linchamento com características de vingança privada e a persecução penal, como ritual de violência autorizada juridicamente a ser processada pelas instituições estatais, por meio de seus órgãos competentes e obedecendo-se rigorosamente as formalidades legais.

Neste passo, importa lembrar que “(...) os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e o gozo daqueles bens e vantagens”. (SILVA, 2011, p. 413). Segundo Ruy Barbosa, com embasamento na Constituição de 1891, distinguiu as regras desta em disposições *assecuratórias* e disposições meramente *declaratórias*. Estas (declaratórias) imprimem os direitos e aquelas (assecuratórias) às garantias, e não era incomum em uma mesma disposição haver o reconhecimento do direito e a fixação da garantia.

Como assevera Paulo Bonavides (2004:533), as garantias podem se referir ao próprio direito constitucional, bem como aos direitos subjetivos. Segundo o Autor:

"Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema de instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma".

Ainda, segundo José Afonso da Silva, “(...) as garantias constitucionais em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado” (*Op. cit.*, p.413). Estas garantias podem ser de duas espécies: garantias gerais e garantias constitucionais especiais. Não apenas, estas, tomando por base a

natureza do direito garantido podem ser classificadas em individuais, coletivas, sociais e políticas.

As garantias constitucionais individuais possuem mais de uma definição, uma delas é a que se refere à relação homem e Estado, outra que pode ser atribuída de forma mais genérica, mas nem por isto menos importante “(...) os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos fundamentais, os quais se encontram ligados a estes entre os incisos do art. 5º.” (SILVA, 2011, p.420). Dentre esta modalidade de garantias constitucionais pode haver uma separação, ou melhor, um agrupamento em função de seu objeto, são estes em princípio da legalidade, estabilidade dos direitos subjetivos, segurança jurídica, proteção judiciária e remédios constitucionais.

O princípio da proteção judiciária se fundamenta no princípio da separação de poderes, este é conhecido pela doutrina como a garantia das garantias constitucionais, e a ele se junta e baseia uma infinidade de outras garantias, como a direito de ação e de defesa, imparcialidade do juiz, a do juiz natural. Pressupostos descritos na Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, XXXV, LIV e LV.

Consta no art. 5º, XXXV, da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O texto demonstra de imediato que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, não apenas, a garantia de provocar a atividade jurisdicional quando um direito foi lesado ou este se encontra ameaçada, independentemente deste ser ou não ser individual. No mesmo art. no inc. LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” a garantia a este vinculada é a do direito de defesa, todos possui a plenitude de defesa. No inciso anterior (LIV), “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantindo assim o devido processo legal, e ao se referir a processo, se está falando a formas instrumentais adequadas, paridade entre as partes, bilateralidade, para assim dar a cada um, o que é seu.

No que tange ao conceito de linchamento, verifica-se que determinar uma definição única é algo extremamente difícil, tendo em vista que se trata de um fenômeno muito amplo, sendo abordado de diferentes formas por seus estudiosos. Na visão de vários autores, o linchamento é praticado sempre por várias pessoas em uma multidão mobilizada em punir um grupo de pessoas ou um indivíduo.

Nas diversas tentativas legislativas, por exemplo, nos Estados Unidos, o *Anti-Lynching Bill* de 28 de julho de 1922, trouxe a definição de linchamento como os casos que apresentam: (1) o propósito de assassinar alguém; (2) em uma ação ilegal; (3) que contou com a participação de um grupo de 3 ou mais pessoas; (4) agindo sob o pretexto de prevenir uma ação criminosa atual ou em vias de acontecer<sup>1</sup>.

Outra possível definição fornecida pelos autores Menandro e Souza (2002): “(...) qualquer ação pública em co-participação com o objetivo de executar sumariamente um ou mais indivíduos supostamente responsáveis pela prática de uma ação considerada inaceitável, sem qualquer julgamento legal”.

Conceitualmente, o autor José de Souza Martins define linchamento: “ Os linchamentos são mais do que problemas sociais; são expressões trágicas de complicados processo de desagregação social e também, de busca de um padrão de sociabilidade diferente daquele que se enuncia através das tendências sociais desagregadoras.”

Nestes termos, o mencionado autor identifica o destinatário do linchamento como aquele que sempre possui algum estigma, seja físico ou de caráter. Desse modo, conclui que os linchadores, atuando em nome de uma identidade a qual pertencem, rejeitam aquele que é estranho a ela, isto é, são contrários aos causadores de processos de mudança: “ A vingança é uma forma de exclusão e de rejeição dos indesejáveis e do que eles representam enquanto agentes de uma concepção de sociedade que contraria a dominante e contraria direitos por ele vitimados.” (MARTINS, p. 27)

Não apenas, o referido autor indica algumas hipóteses que abordam as possíveis razões para a prática do linchamento pela população. Entre elas, esta a hipótese de que a população lincha para punir, bem ainda, há a ideia de que o linchamento é uma forma do povo de manifestar sua discordância com a mudança social quando viola os valores tradicionais e gera a desordem.

A par disso, a finalidade de ato de linchar passa a ser a imposição de uma punição com excessiva crueldade, buscando-se a vingança por transformações indesejadas. Havendo assim,

<sup>1</sup> "Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the phrase "mob or riotous assemblage," when used in this act, shall mean an assemblage composed of three or more persons acting in concert for the purpose of depriving any person of his life without authority of law as a punishment for or to prevent the commission of some actual or supposed public offense". Disponível em: <http://www.naacp.org/oldest-and-boldest/naacp-history-anti-lynching-bill/>. Acessado em 31.08.2017.

um provável questionamento da moral legal pela moral popular, a qual não admite certos tipos de violações. Em virtude disso, o ato tende a ocorrer diante de graves transgressões a ordem preestabelecida. Sobre esse aspecto, a autora *Ruotti et al* na obra *Graves violações de direitos humanos e desigualdade no município de São Paulo* afirma que os atos de linchamento ocorrem, especialmente, em lugares públicos em razão de uma espécie de prevenção: “Foram definidos como casos de linchamento aqueles que contaram com a participação ativa de mais de um agressor, tratando-se de ação cometida por grupo efêmero, em lugar público, em que o caráter de exemplaridade do ato estivesse garantido.”

Deve-se lembrar, ainda, do componente de violência que sempre está ínsito na prática do linchamento, o que pode ser uma espécie de efeito de um desencantamento do mundo, principalmente naquilo que se refere à perda da dimensão do sagrado e seus rituais, como nos lembra a obra de René Girard (2008, p. 404). Neste sentido, assevera:

(...). A interpretação do sacrifício como violência alternativa aparece na reflexão recente, ligada a observações de campo. Godfrey Lienhardt, em *Divinity and Experience*, e Victor Turner, em várias de suas obras, especialmente *The Drums of Affliction*, reconhecem no sacrifício - estudado pelo primeiro entre os dinka, pelo segundo entre o ndembu - uma verdadeira operação de transferência coletiva, efetuada à custa da vítima, operação relacionada às tensões internas, aos rancores, às rivalidades e a todas veleidades recíprocas de agressão no seio da comunidade.

Nesta a violência se ritualiza, e este ritual aparece como mecanismo regulador. O que na sociedade de hoje se aproximaria a este ritual seria o sistema penal, pois o mesmo possui as suas regulações embora falhas para que se evite uma luta de todos contra todos.

## 2 Processo de linchamento e processo legal

No seu modo de ser, o ato de linchar frequentemente se desenvolve de maneira peculiar, seguindo assim um procedimento característico, conforme discorre o autor Jose de Souza Martins (p. 55):

No geral, os aspectos mais significativos dos linchamentos se manifestam após a morte da vítima ou, então, no modo como a morte é imposta e o local em que ocorre. O típico linchamento começa com a descoberta do autor do crime que o torna potencial vítima de linchamento, sua perseguição, apedrejamento seguido de pauladas e pontapés, às vezes com a vítima amarrada a um poste, mutilação física, castração em caso de crimes sexuais ( com a vítima ainda viva) e queima do corpo. Essas são as sequencias mais comuns da violência.

Mais detalhadamente, os antecedentes do processo de linchamento consistem em dois momentos, segundo o mesmo autor, a fase do julgamento, quando há a constatação da violação considerada popularmente grave de uma norma social- com variada duração- seguida da aplicação da pena consistente no próprio linchamento, sendo esta completamente destoante do previsto em normas jurídicas.

Diferentemente do processo de exclusão e execução descrito no linchamento, o processo legal, envolve vários procedimentos específicos norteados por princípios e garantias fundamentais. Alguns deles estão dispostos no art. 5º da CF, enquanto outros se encontram em convenções e outros diplomas legais.

Preliminarmente, o processo legal apenas tem início em decorrência da violação de uma norma, e em se tratando da prática de um delito, de uma norma penal incriminadora a qual possui como modal deontico a proibição de praticar determinadas condutas. Quando o agente transgredir uma norma de natureza penal, sobrevém a expectativa pela resposta de caráter punitivo. Segundo a autora Adda Pelegrini “o *jus puniendi* do Estado permanece em abstrato, enquanto a Lei penal não é violada. Mas com a prática da violação, caracterizando-se o descumprimento da obrigação preestabelecida na Lei por parte do transgressor, o direito de punir sai do plano abstrato e se apresenta no concreto”. Aduz a mencionada autora, portanto, que a violação de norma penal incriminadora embasa a pretensão punitiva que permeia todo o processo judicial. Não apenas, este deve observar todas as garantias constitucionais, entre elas, destacamos aquelas previstas nos artigos 5º inc. LIV, LV e LVII, da Constituição Federal, visando vetar a repressão exercida pelo Estado, garantindo ao acusado, respectivamente, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa e a presunção de inocência.

O devido processo legal principia com a investigação dos fatos para evitar apressados juízos e se traduz no Inquérito Policial. Em consonância ao descrito o autor Eugênio Pacelli acerca do inquérito policial aduz que é “atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria”. Enquanto procedimento administrativo o inquérito policial presidido pela autoridade policial possui como a finalidade a identificação de fontes de prova e colheita de elementos de informação a respeito da autoria e a materialidade delitiva. Esses elementos embasam a ação penal, ingressada pelo Ministério Público por meio do oferecimento de denúncia ou pela própria vítima por intermédio

de queixa crime, conforme a natureza da ação inerente ao delito. Desse modo, a ação penal pode ser de iniciativa pública quando seu titular for exclusivamente o Ministério Público, ou ainda, ação penal de iniciativa privada quando o ingresso de ação depender da vítima, sem a qual nem mesmo o inquérito policial poderia ser encetado.

Outra possibilidade é a ação penal condicionada a representação, na qual o Ministério Público continua como titular do feito, mas o oferecimento da denúncia depende exclusivamente de requerimento escrito ou verbal do ofendido ou de seu representante legal, isto é, nos termos do artigo 100, §1º do Código Penal. Por outro lado, quando se trata de conduta como homicídio ou lesão corporal de natureza grave, a ação penal é pública incondicionada, dependendo assim, unicamente de ensejo pelo Ministério Público e posterior recebimento da denúncia para início da ação penal cabível.

Especificamente, a denúncia é uma petição inicial que contém a acusação formulada pelo Ministério Público contra o(s) agente(s) que cometeram o delito. Enquanto a queixa é formulada pela vítima, devidamente representada por seu advogado, contendo a acusação contra o agente do fato delituoso, nas ações penais privadas. Recebida a denúncia, inicia-se a ação penal, isto é, o movimento do aparato estatal para garantir a punição do infrator por meio da persecução criminal, sendo pretensão cabível apenas quando permeia o devido processo legal com todas as garantias constitucionais inerentes.

Recebida a denúncia, inicia-se a ação penal, isto é, o movimento do aparato estatal para que formaliza e ritualiza a violência obedecendo formas, direitos e garantias fundamentais do acusado, em especial ao princípio da inocência, com estrita observância do devido processo legal. A partir disso, considera-se ajuizada a demanda e formada a relação processual entre réu e autor como sujeitos parciais e juiz como sujeito imparcial.

É oportuno a ambas as partes (réu e autor) a ciência das alegações da outra parte bem como a possibilidade de manifestação sobre elas. Isso ocorre quando, após recebida a denúncia ou queixa, o juiz ordena a citação do acusado para apresentação de resposta à acusação, pela qual o mesmo pode ou não arguir preliminares. Com sua arguição o juiz as aceita ou as afasta, procedendo a designação de audiência de instrução e julgamento. Esse andamento processual deve ser intermediado por um juiz imparcial, elemento este integrante do devido processo legal.

A resposta à acusação é prevista no artigo 396 do Código de Processo Penal: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”

Aduz o mencionado artigo a resposta perante a acusação feita, isto é, a ciência do teor da denúncia e a negação das alegações do agente ministerial ou autor, sendo o caso. Essa fase é um exemplo de materialização da garantia do contraditório e ampla defesa que deveria ser persistir durante todo o processo penal.

Como se observa, no processo civilizador que desemboca no constitucionalismo atual, na feliz expressão de Aury Lopes Jr. (2016:760), em processo penal, *forma é garantia*.

Por outro lado, quando se deixa aos praticantes de linchamento o exercício da punição contra determinados crimes, variantes em seus graus de gravidade, todas essas fases do processo penal e as garantias a elas inerentes são negligentemente descartadas.

Conforme já mencionado, o linchamento representa uma forma de vingança e exclusão e não uma forma de justiça. Desse modo, embora seus participantes sejam motivados por fatores diversos, tais como a omissão do Estado frente à investigação de delitos, a morosidade processual e a parcialidade de alguns juizes, nada disso deveria legitimar a prática de linchamentos. Esses atos além de ferirem a dignidade da pessoa humana-outra garantia intrinsecamente relacionada as demais garantias constitucionais mencionadas neste artigo- são dirigidos por julgadores parciais voltados tão e exclusivamente para a execução da vítima, considerada “impura”.

Não há qualquer possibilidade de resposta à acusação feita pelos linchadores, permanecendo a arbitrariedade e a crueldade como elementos permanentes. Como se percebe, o direito à ampla defesa e contraditório, enunciado no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, não se verifica presente e a possibilidade de punição desproporcional ao delito cometido e a execução sem prévia produção de provas de autoria e materialidade delitiva são propulsores de condenações irracionais e atos de desumanidade. Ademais, há sempre o risco de se punir inocentes!

Em seguimento as demais fases processuais, a fase de instrução, definida pelo autor Aury Lopes Jr (2016:595): “A audiência de instrução e julgamento é o principal ato do procedimento comum (ordinário ou sumário), pois é o momento da produção e coleta da prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental e, ao final, proferida a decisão”. Antes mesmo de iniciar a fase de instrução, o juiz ou as partes podem requerer a presença de um perito para a elaboração de laudos que permitam o acesso ao conhecimento técnico essencial para a produção

de provas uteis ao debate acusatório. Neste procedimento o perito atua como auxiliar da justiça. É defeso ao juiz, rejeitar o laudo, nos termos do art. 182 do CPP.

Durante o procedimento instrutório, ocorre a oitiva do ofendido, e após, das testemunhas arroladas pela acusação, defesa e por fim, o interrogatório do réu, conforme o contido no art. 400 do CPP. A quantidade de testemunhas permitidas é prevista no art. 401 do CPP que aponta o número máximo de 8 (oito) a serem arroladas respectivamente pela defesa e acusação. Ademais, a incomunicabilidade entre as testemunhas deve ser proporcionada, nos moldes do art. 210, parágrafo único, do CPP.

Concluída a instrução, abre-se a possibilidade de requerimentos de diligências a pedido das partes ou sua determinação de ofício pelo juiz, visando elencar novos elementos de provas para comprovar fatos novos ou confirmar eventuais dúvidas. Por fim, ausente pedido de diligências ou ainda, sendo este indeferido ou sem qualquer determinação judicial, segue-se com a apresentação das alegações finais.

Sob a ótica do contido do art. 403 do CPP, as alegações finais serão oferecidas pela acusação e defesa, respectivamente, por 20 (vinte) minutos prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos. No entanto, quando a complexidade do feito exigir, o §3º do referido artigo prevê a possibilidade de apresentação das alegações finais pelo prazo de 5 (cinco) dias às partes, de modo sucessivo. É importante salientar que as provas produzidas ao longo do processo, sejam de natureza documental, testemunhal ou técnica são os elementos analisados pelo juiz para a fundamentação da sentença. Diante disso, durante o prazo de 10 (dez) dias que possui para proferir sua decisão, o julgador não deve se exceder ao contido nos autos.

Em consonância a isso, ressaltasse a importância das provas enquanto elementos essenciais à prolação de sentença. Motivo pelo qual sua ausência impossibilitaria a elaboração de uma decisão fundamentada além de oportunizar a parcialidade do douto julgador. Essa é a realidade de um processo de linchamento, o qual, sem conteúdo probatório, se reduz a mera especulação.

Note-se que todo o caminho desenvolvido pelos procedimentos de um devido processo legal têm como função primordial a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado, que não custa lembrar, tem no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da inocência seus pilares de sustentação de um modelo que pugna pela legitimidade da condenação, se for o caso.

Para finalizar, a comparação entre processo legal e o processo de linchamento não tem por finalidade exaltar o primeiro em relação ao último. Isso porque, sabemos das diversas falhas

de um processo judicial que, em muitos casos, não apresenta o mínimo das garantias constitucionais descritas, tornando-se obsoleto e fonte de injustiças. Esse fato tende a motivar formas de exercícios arbitrários, entre as quais está justamente o linchamento que além de atentar contra a dignidade humana, reflete a busca pela punição a custo de algo que exalta espécie humana como símbolo de sua evolução, a racionalidade, e condena ao fracasso qualquer projeto de humanidade.

### 3 Linchamentos e sistema penitenciário

Ao falar de linchamento é preciso falar de casos. No ano de 2017 casos notórios de violência e brutalidade foram destaques nos noticiários nacionais e internacionais. Sendo algumas destas dentro do aparato estatal, mais precisamente no sistema penitenciário. Manchetes e trechos de notícias chamaram a atenção, por exemplo, o portal em.com.br internacional vinculou a seguinte manchete no dia 16/01/2017 "Rebeliões, fugas e barbárie sem fim assombram presídios brasileiros", assim como o poder no dia 15/01/2017 vinculou em seu website "Com rebelião no Rio Grande do Norte, 2017 já soma 138 presos mortos. Ano também já conta com 220 fugas de detentos Massacres deflagram crise na segurança pública", não apenas, a transmissão em rede nacional pelos mais diversos noticiários, como a notícia a seguir vinculada no portal G1 e transmitida pelo programa Bom Dia Brasil:

Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru

No dia 1º de janeiro, foram 56 mortos no Complexo Prisional Anísio Jobim. Crise no sistema prisional produziu números assustadores: 133 mortes.

A crise no sistema prisional está produzindo números cada vez mais assustadores. Foram 133 mortes em 15 dias. No dia 1º de janeiro, foram 56 mortos no Compaj, em Manaus. No dia seguinte, mais quatro, em outra unidade prisional do Amazonas.

Depois, no dia 4 de janeiro, duas mortes em Patos, no sertão da Paraíba. Dia 6, 33 na rebelião de Boa Vista, em Roraima. Dois dias depois: mais quatro em Manaus, naquela cadeia pública que foi reativada.

Na última quinta-feira, foram dois mortos na Casa de Custódia de Maceió, e dois em Tupi Paulista, no estado de São Paulo.

No sábado (14), foram 26 presos mortos na rebelião no Rio Grande do Norte. No mesmo dia, houve mais duas mortes em presídios de Santa Catarina e outras duas em uma penitenciária na região metropolitana de Curitiba.

O número de mortes até agora já ultrapassou as 111 mortes do Massacre do Carandiru, no estado de São Paulo, em 1992. (grifo nosso)

A aparição de episódios de violência, incluindo os de linchamentos, dentro do sistema penitenciário mostra o quanto é preciso discutir e refletir: o quão é eficiente este sistema? Primeiramente, cumpre salientar alguns princípios que regem o sistema penal como o da legalidade e humanidade. Basicamente, a luz do Princípio da Legalidade, não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*), isto é, toda a criação de tipos penais incriminadores está submetida ao processo de predeterminação normativa. (PRADO, p.108)

O referido princípio desdobra-se em algumas garantias como a consagração da Lei como única fonte formal da criação de tipos penais incriminadores, bem como, a garantia de ser processado apenas por autoridade competente (art. 5º, LIII, CF), princípio da presunção da inocência (art.5º, LVII, CF), direitos dos presos e correta aplicação da execução da pena (art. 5º, inc. XLVIII e XLIX, CF), impedindo os males causados pelo desvio de excesso de punição. Não apenas, o princípio da legalidade relaciona-se ao princípio da irretroatividade da Lei, na medida em que é necessário restringir o arbítrio legislativo na aplicação da Lei Penal. Por fim, a elaboração da Lei Penal deve ser objetiva e nítida, traduzindo-se no princípio da determinação ou taxatividade.

Não apenas, insere-se na perspectiva de direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual prevê a humanização das penas, retratado principalmente na proibição das penas de morte e corporais em avanço civilizatório rumo às penas privativas de liberdade e penas alternativas de direito, embasado no referido Princípio, previsto também na garantia de condenação de quaisquer atos atentatórios aos direitos e garantias e fundamentais (art. 1º, inc. III, e art. 5º, inc. CF).

Os atos ocorridos nos presídios mostram o quanto é grave a situação carcerária no Brasil, assim como enseja a discussão sobre a crise do sistema penitenciário.

Não é demais lembrar que o próprio Poder Judiciário reconheceu recentemente a situação caótica do sistema, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), n. 347 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, em que ficou reconhecido o *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário do Brasil.

<sup>2</sup> O acórdão está assim ementado: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas

Atos de linchamento dentro destas estruturas demonstram verdadeiro descaso com a vida humana e ensejam responsabilidade civil do Estado, afinal o mesmo é responsável pela integridade física e a vida daqueles que estão sob sua custódia. É também em atos como este que vem a tona a fragilidade desta estrutura estatal, ineficaz, que junto a estes episódios de extremada violência se corrompem cada vez mais em seu aspecto estrutural denotando a ineficiência, quando não a crueldade estatal, em verdadeiro paradoxo que confronta o texto constitucional e os deveres institucionais do Estado de Direito. As notícias veiculadas na *mídia* apenas são a *ponta de um iceberg* que precisa ser questionado. Afinal o porquê as pessoas estão atribuindo para si a legitimidade para punir outrem?

#### 4 Considerações finais

Os linchamentos aparecem como um questionamento a estrutura e ordem estatal. Nos liames das garantias constitucionais o ato linchar se assemelha a uma tentativa de, mesmo à custa de elementos caracterizadores do Estado de Direito, punir os infratores de normas socialmente reconhecidas e impositivas. No entanto, quando se recorre de maneira constante a formas de vingança privada tais como o linchamento, pode-se ao menos questionar a legitimidade da ordem que aparentemente existe em nossa sociedade. Sobre isso, vale mencionar que são inúmeros os casos de linchamento que ocorrem diariamente nas ruas nas mais diversas regiões do Brasil e sob as mais diversas motivações. A título de exemplo mencionamos atos de linchamento realizados em penitenciárias brasileiras onde mesmo a responsabilidade insita do Estado em tutelar os direitos dos detentos não impede seu massacre por determinados grupos.

Não apenas, a partir da leitura de obras relacionadas ao tema, especificamente referente a autores como José de Souza Martins, salienta-se várias razões para a prática de linchamentos

---

públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acessado em : 31.08.2017.

tais como manifestar discordância pelas mudanças sociais causadas por violação de valores tradicionais. Essa instabilidade é muito mal quista pela sociedade vez que está se solidificando justamente a partir de valores e normas habituais, os quais representam e simbolizam sua segurança. Desse modo, qualquer atentado a estrutura social sólida gera como resposta uma expectativa por sua exemplar punição por via, em tese, do processo legal cabível

Entretanto, como descrito neste artigo, as falhas existentes no próprio sistema judiciário que, além de inviabilizar a plena garantia de direitos fundamentais, não fornece a agilidade requerida pela expectativa social, e acaba por ser uma forma negligenciada e precária de acesso à justiça. Indubitavelmente, esses fatores são impulsionadores da recorrência de formas de vingança privada, entre elas, o linchamento.

Por sua vez, o ato de linchar carece de garantias constitucionais importantes, como por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, a imparcialidade do juiz e o devido processo legal, entre outras previstas no artigo 5º da CF. Enfim, os linchamentos representam graves violações aos direitos humanos eis que além do gravame de dispensarem o julgamento imparcial, apresentam execução acrítica e baseada tão somente na satisfação mórbida de seus praticantes em punir de maneira exemplar sua vítima. Essa singularidade se traduz em suas duas únicas fases: a identificação da vítima e sua execução.

A legitimação do referido fenômeno por populares demonstra o quanto se caminha a uma tragédia, afinal estes episódios estão ocorrendo dentro das estruturas estatais e fora destas. O linchamento não se trata apenas de um ato de violência contra a vítima, mas também contra a estrutura e o aparato institucional do Estado Democrático de Direito.

#### 5 Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompiled.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm) Acessado em: 01/09/2017

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compiled.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compiled.htm) Acessado em: 05/05/2017

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compiled.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compiled.htm) Acessado em: 05/05/2017

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

COOK, Lisa. Converging to a National Lynching Database : Recent Developments. Michigan State , 2011. Apud: NATAL, Ariadne Lima. **30 anos de Linchamentos na região metropolitana de São Paulo 1980-2009**. 2012. 176f. Mestrado (dissertação)- Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2012. p. 53.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. Tradução Martha Conceição Gambini. 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2008404 p.

HIRABAHASI, G. MARQUES, P. **Com rebelião no Rio Grande do Norte, 2017 já soma 138 presos mortos**. Portal 360, 15/01/2017. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/com-rebeliao-no-rio-grande-do-norte-2017-ja-soma-123-presos-mortos/> acessado em: 10/07/2017

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. 1394 p.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: a justiça popular no Brasil**. Editora Contexto: São Paulo, 2015. 197 p.

MENANDRO, P.R.M. & SOUZA, L. 2002. **Linchamentos no Brasil: a justiça que não tarda, mas falha**. Revista Psicologia Política, Vitória. 2. (249-266). 2002. p. 253.

National Association for the Advancement of Colored People (NAACP). Disponível em: <http://www.naacp.org/oldest-and-boldest/naacp-history-anti-lynching-bill/>. Acessado em 31.08.2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1088 p.

Portal em.com.br. **Rebeliões, fugas e barbárie sem fim assombram presídios brasileiros**. 16/01/2017. Disponível em: [http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/01/16/interna\\_internacional.839962/rebelioes-fugas-e-barbarie-sem-fim-assombram-presidios-brasileiros.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2017/01/16/interna_internacional.839962/rebelioes-fugas-e-barbarie-sem-fim-assombram-presidios-brasileiros.shtml). Acessado em: 10/07/2017

Portal G1. **Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru**. Bom dia brasil Edição do dia 16/01/2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>> acessado em 10/07/2017

Portal MARANHÃO NEWS. **Travesti É Espancada Até A Morte Por Adolescentes Em Fortaleza**. Disponível em <http://www.maranhaonews.net/2017/03/travesti-e-espancada-ate-morte-por.html>, acessado em 10/05/2017;

PRADO, Luís Regis. CARVALHO, Erika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1632 p.

RIBEIRO, L. R. “... **O que não tem governo...?**: estudo sobre linchamento. 18 de março de 2011. 234 p. Tese- Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2011. p.97;

RUOTTI , et al. **Graves violações de direitos humanos e desigualdade no município de São Paulo**. p. 535.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011. 928 p.

TRIBUNAIS:  
Supremo Tribunal Federal: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

**TRANSMISSÃO DE MÚSICAS: TECNOLOGIA *STREAMING*  
(*SIMULCASTING* E *WEBCASTING*) E O RESPEITO AO DIREITO  
AUTORAL**

*Paula Miriã Santa Catarina\**

**Palavras-chave:** Direito autoral; transmissão de músicas; tecnologia *streaming*; posicionamento Superior Tribunal de Justiça. Transmissão.

**Resumo:** Ao longo do tempo ocorreram inúmeras transformações na sociedade, um dos campos que sofreram maior impacto compreende as tecnologias, destacando-se nesse ponto a criação no século XX da *internet*. Nesse cenário, entre as novas tecnologias dispostas no mercado de consumo associadas à *internet* emergiu a tecnologia *streaming*, nas modalidades *webcasting* e a *simulcasting*. Assim, um dos principais desafios da sociedade moderna é compatibilizar as inovações tecnológicas que permitem o acesso da sociedade as informações disponibilizadas na rede com os direitos do autor. Dessa forma, os problemas que emergiram centram-se basicamente em: como realizar a compatibilização dos direitos do autor com os novos meios de transmissão (*webcasting* e a *simulcasting*)? A lei dos direitos autorais – lei nº 9.610 de 1998 – é aplicada as transmissão de músicas por meio da tecnologia *streaming*? É necessária autorização do titular dos direitos do autor para a transmissão? A transmissão em comento é fato gerador de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição? Nesse cenário, o presente artigo tem como objetivo analisar o enquadramento das transmissões de músicas que ocorrem pela rede mundial de computadores através da tecnologia chamada *streaming*, nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* a luz da proteção aos direitos autorais, conforme disciplina a Lei nº 9.610 de 1998 e do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. O estudo em questão possui uma abordagem qualitativa, de cunho descritivo, com revisão bibliográfica, documental e através de pesquisa junto a sítios da *internet*. Para tanto, buscou-se verificar, a partir da leitura da própria legislação federal, artigos científicos (que envolvam o tema estudado), julgados e os principais pontos da Lei 9.610 de

\* Assessora jurídica da Câmara Municipal de Campo Erê, Estado de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Faculdade Mater Dei. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). E-mail: sc.paula@hotmail.com. Telefone para contato: (49) 9 99540975. Plataforma Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizaav.do?id=K4214822D5>

1998 que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

**Abstract:** Throughout the time there have been countless changes in society, one of the fields that have suffered the most impact is the technologies, highlighting in this point the creation in the twentieth century of the Internet. In this scenario, among the new technologies available in the consumer market associated with the Internet, streaming technology has emerged in the webcasting and simulcasting modalities. Thus, one of the main challenges of modern society is to reconcile the technological innovations that allow the access of the society the information made available in the network with the rights of the author. In this way, the problems that have emerged basically focus on: how to make the rights of the author compatible with the new media (webcasting and simulcasting)? Does copyright law - Law No. 9,610 of 1998 - apply to streaming music through streaming technology? Is authorization from the copyright owner required for transmission? Is the transmission in question a copyright charge to the Central Office of Collection and Distribution? In this scenario, this article aims to analyze the framework of the transmission of music that occurs through the world computer network through the technology called streaming, in the modalities webcasting and simulcasting in the light of the protection of the copyright, according to discipline nº 9.610 of 1998 and the current position of the Superior Court of Justice on the subject. The study in question has a qualitative, descriptive approach, with a bibliographical review, a documentary and through a search of websites. Therefore, it was sought to verify, from the reading of the federal legislation itself, scientific articles (involving the subject studied), judged and the main points of Law 9.610 of 1998, which "amends, updates and consolidates the legislation on copyright and gives other measures".

## 1 Introdução

Ao longo do tempo ocorreram inúmeras transformações na sociedade, um dos campos que sofreram maior impacto compreende as tecnologias, destacando-se nesse ponto a criação no século XX da *internet*.

A *internet*, inicialmente, foi desenvolvida pelos Estados Unidos para fins militares em razão do temor de que a concentração de informações de uma rede pudesse resultar na perda total de dados. Em 1995, no entanto, impulsionado pela globalização, o acesso à rede foi difundido para todas as pessoas (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

Entre as novas tecnologias dispostas no mercado de consumo associadas à *internet*, duas modalidades de transmissão se sobressaíram: a tecnologia *webcasting* e a *simulcasting*.

Em razão desses avanços, as inovações tecnológicas implicam cada vez mais na necessidade de compatibilização entre a proteção aos direitos do autor e o acesso da sociedade as informações disponibilizadas na *internet*.

Dessa forma, os problemas que emergiram centram-se basicamente em: como realizar a compatibilização dos direitos do autor com os novos meios de transmissão (*webcasting* e a *simulcasting*)? A lei dos direitos autorais – Lei Federal nº 9.610 de 1998 – se aplica a transmissão de músicas por meio da tecnologia *streaming*? É necessária autorização do titular dos direitos para a transmissão? A transmissão em comento é fato gerador de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição?

Assim, o presente artigo tem como objetivo pontuar o contexto histórico dos direitos do autor em âmbito constitucional e infraconstitucional, passando por sua definição e com isso o sistema adotado no Brasil – sistema *droit d' auter* – analisando a situação específica do enquadramento das transmissões de músicas que ocorrem pela rede mundial de computadores através da tecnologia *streaming*, nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* a luz da proteção dos direitos autorais, conforme disciplina a Lei Federal nº 9.610 de 1998 e do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

O estudo em questão possui uma abordagem qualitativa, de cunho descritivo, com revisão bibliográfica, ou seja, é a pesquisa “desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 2002), documental e através de pesquisa junto a sítios da *internet*. Para tanto, buscou-se verificar, a partir da leitura da própria legislação federal, artigos científicos (que envolvam o tema estudado), julgados e os principais pontos da Lei 9.610 de 1998 que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”.

Foram usados como indicadores para nortear a análise qualitativa à discussão primeiramente do uso da Lei de Direitos Autorais como instrumento de proteção no âmbito da transmissão de músicas por meio das modalidades *webcasting* e *simulcasting*, bem como foi analisada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1559264, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em 08/02/2017, sobre o tema.

Isto posto, o estudo foi estruturado em seis seções. A primeira (seção 2) referir-se-á ao contexto histórico dos direitos autorais. Já a segunda (seção 3) definirá o conceito de direito autorais. A terceira (seção 4) por sua vez insere as novas tecnologias no cenário do direito autorais. Na quarta (seção 5) discorrer-se-á sobre a transmissão de músicas por meio da tecnologia *streaming* (*webcasting* e *simulcasting*) e a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema à luz da lei de direitos autorais. Por fim (seção 6) são tecidas as considerações finais sobre o trabalho.

## 2 Direito autorais: contexto histórico

No Brasil a proteção dos direitos do autor pode ser dividida em três fases: de 1827 a 1916, de 1916 a 1973 e de 1973 até 1998 (CHAVES apud PARANAGUÁ e BRANCO, 2009).

No cenário inicial, a proteção ao direito autorais se deu pelo Código Criminal do Império, o qual previa como crime a violação de direito autorais, mas foi somente com a Lei nº 496 de 1898 – Lei Medeiros de Albuquerque – que se tratou especificamente da proteção autorais. Referida lei foi revogada pelo Código Civil de 1916 o qual passou a definir o direito do autor como um bem móvel, cujo prazo prescricional para ação decorrente de sua violação foi fixado em cinco anos, entre outras disposições. A segunda fase direito autorais no Brasil, por sua vez, foi marcada pela Lei nº 5.988 de 1973, a qual vigorou até a aprovação da Lei nº 9.610 de 1998 (regramento atual do direito autorais) (PARANAGUÁ e BRANCO, 2009).

Na seara constitucional, a primeira Constituição a garantir direitos autorais foi a de 1891, sendo que a partir de então, com exceção da Constituição de 1937, todas as demais trouxeram essa previsão (PARANAGUÁ e BRANCO, 2009).

A Constituição Federal de 1988 elencou os direitos do autor como fundamentais, conforme se depreende da análise do artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, os quais dispõem que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, assim como que é assegurado “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”, “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas” e “aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista

o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. (BRASIL, art. 5, XVII, XVIII, XXIX).

Importante destacar, que o inciso XXVII, do art. 5º, da Carta Magna “é o ponto principal sobre a qual repousa toda a sistemática do direito autoral, substancialmente fundamentado no princípio da exclusividade, que atribui ao autor, exclusivamente, toda e qualquer utilização da obra intelectual de sua autoria” (SEREJO, 2010).

Além da proteção constitucional, os direitos do autor também encontram abrigo em normas internacionais adotados pelo Brasil. Leciona COELHO (2012), que a mais importante convenção sobre o tema foi assinada em Berna, na Suíça, em 1886, sendo que no Brasil ela esta em vigor desde 1922. A convenção de Berna teve como principal objetivo terminar com a distinção entre autor residente e o estrangeiro no tocante a proteção de seus direitos enquanto autor de obras artísticas e literárias, bem como adotou um padrão mínimo de proteção. Referida convenção embora tenha sofrido inúmeras revisões, continua em vigor até os dias atuais (COELHO, 2012).

Merecem destaque ainda, conforme ensina COELHO (2012) as seguintes normas internacionais:

(...) o Tratado sobre registro internacional de obras audiovisuais, celebrado em Genebra em 1989 e vigente no Brasil desde junho de 1993; a Convenção para a Proteção dos Produtores de Fonogramas, de 1971, em vigor entre nós desde novembro de 1975; e a Convenção de Roma, sobre os direitos conexos de intérpretes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão, firmada em 1961 e com vigência no Brasil a partir de setembro de 1965.

A administração dessas convenções sobre direito autoral cabe a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com sede em Genebra, entidade internacional que integra a Organização das Nações Unidas (ONU) (COELHO, 2012).

Esse processo de internacionalização do direito autor, por sua vez, é fruto da globalização, que busca regular de forma similar em todo o mundo à proteção aos direitos do autor dada a sua importância para o desenvolvimento cultural e econômico da sociedade (COELHO, 2012).

Feitas estas considerações, constata-se que os direitos do autor encontram guarida constitucional, bem como na legislação infraconstitucional com a Lei nº 9.610 de 1998, editada dez anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

### 3 Definição de direito autoral

Inicialmente, cumpre frisar, que no mundo encontram-se dois sistemas principais de estrutura dos direitos do autor: o *droit d' auteur*, também conhecido como sistema francês/continental e o *copyright* ou sistema anglo-americano. O primeiro, ao qual o Brasil se filia, busca, em síntese, preservar direitos relativos à criatividade da obra a ser copiada, bem como os direitos morais do autor da obra, já o segundo tem como principal objetivo a proteção à reprodução de cópias (PARANAGUÁ e BRANCO, 2009).

Ensina COELHO (2012) que “na Revolução Francesa, ocorreu pela primeira vez de o autor ser considerado pelo direito positivo o proprietário de sua criação intelectual”, sendo que “em 1971 foi editada lei reconhecendo o direito de representação pública, extinguindo mecanismos feudais de semimonopólio” e dois anos depois o “direito do autor à exploração econômica de sua obra (*droit d' édition*) foi legalmente consagrado, consolidando a noção jurídica de propriedade literária e artística” (COELHO, 2012).

O sistema *copyright* surge como “monopólio real concedido aos editores e livreiros ingleses”, uma vez que seu objetivo era “conciliar os interesses da monarquia relacionados à censura e os dos editores e livreiros voltados à reserva de mercado”. Assim, a noção de que “o autor titulariza um direito natural sobre a criação intelectual surge 200 anos depois” (COELHO, 2012).

Referido sistema – *copyright* – “é utilizado em países cuja tradição jurídica é a da *common-law*, tais como os Estados Unidos, o Canadá, a Inglaterra, a Austrália, entre outros, que em matéria de direito de autor estão mais direcionados à atividade de exploração das obras e à comercialização destas” (FERREIRA, 2015).

O direito brasileiro, conforme supracitado, adotou o sistema *droit d' autear*, reconhecendo desde o início que o autor é o titular exclusivo dos direitos sobre a criação intelectual.

Leciona COELHO (2012), que “o ato de fundação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda, de 1827, é considerado o nosso primeiro diploma legislativo a fazer menção a direitos autorais”, uma vez que “nesse ato o Imperador Pedro I outorgou aos lentes daquelas Faculdades de Direito o privilégio, por 10 anos, sobre os compêndios de sua autoria aprovados pela Congregação” (COELHO, 2012).

Nesse contexto, o direito autoral no Brasil é conceituado como um conjunto de prerrogativas, que protegem sob o aspecto moral e patrimonial, de um lado os direitos do autor

enquanto criador da obra literária ou artística (ex. escritor, dramaturgo, compositor, etc), certos trabalhos profissionais (ex. criação publicitárias, paisagista, etc) e programas de computador, e de outro lado, os direitos conexos aos dos autores, que compreendem os intérpretes (ex. atores, cantores, etc), produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão (COELHO, 2012).

Segundo COELHO (2012) entre as principais características dos direitos autorais quatro se destacam. A primeira se refere ao caráter de não proteger a ideia, mas sim a forma pela qual ela é exteriorizada. A segunda, que a obra sempre se liga a um suporte físico, embora seja autônoma em relação a ele. Terceiro, que os direitos patrimoniais são temporários enquanto que os morais são eternos. E quarto, que os direitos do ator nascem do ato da criação, independentemente de qualquer formalidade para tanto.

Por fim, no plano infraconstitucional, a Lei nº 9.610 de 1998 é a responsável por regular os direitos do autor, dispondo no art. 7 que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Ademais, consta ainda no supracitado artigo, uma lista com as principais categorias de obras passíveis de proteção, “tais como textos literários, artísticos ou científicos, obras de arte dramática, coreografias, composições musicais com ou sem letra, obras audiovisuais, fotografias (desde que sejam criações artísticas)”, incluindo também os programas de computador (softwares) (MARCIAL, 2010).

#### 4 O direito autoral e as novas tecnologias

O direito autoral e as inovações tecnológicas possuem uma relação contraditória, de um lado as novas tecnologias são responsáveis pelo surgimento de novos direitos autorais (ex. invenção dos tipos móveis de Gutenberg), de outro são responsáveis por expor a riscos direitos já consagrados (ex. a invenção da máquina de reprografia) (MARTINS FIHO, 1998).

Entre as inovações tecnológicas existentes a que mais interfere nos direitos autorais é a *internet*, uma vez que qualquer obra pode ser reproduzida e transmitida instantaneamente para qualquer pessoa que tenha acesso a rede, o que muitas vezes ocorre com violação aos direitos do autor (COELHO, 2012).

Nesse cenário cita COELHO (2012) que “é ilícita a reprodução de músicas, textos literários, fotografias e outras obras protegidas pelo direito autoral sem a autorização do seu titular (...) mesmo que a reprodução ocorra no ambiente digital da internet, seja ela feita com ou sem interesse lucrativo” (COELHO, 2012).

Assim, “a defesa do direito autoral, diante dos desafios que a internet suscita, pressupõe o equilíbrio entre a proteção de editores e autores”, já que os primeiros são os responsáveis por fornecer a estrutura que viabilizada em última análise à remuneração eficiente dos direitos do autor. Tal constatação, por fim, nos leva a concluir que a *internet* aproximou os dois sistemas abordados anteriormente: o *copyright* e o *droit d’ auteur*, realizando o balanceamento entre a proteção dos direitos do autor e a proteção dos direitos do editor (COELHO, 2012).

Portanto, “como essa estrutura depende, para existir, da adequada proteção jurídica ao investimento feito na publicação e distribuição da obra, conclui-se que o estímulo à produção intelectual (traduzido na remuneração do autor pela sua obra) pressupõe a tutela apropriada dos interesses dos empresários de cultura” (COELHO, 2012).

#### 4.1 Transmissão de músicas: tecnologia *streaming* (*simulcasting* e *webcasting*)

Com o avanço das tecnologias digitais e de comunicação, especialmente por meio da *internet*, as obras musicais, literomusicais e fonogramas passaram a ser exteriorizados independente da existência suporte físico, surgindo assim novas modalidades de exploração econômica. No ambiente virtual, uma das formas lícitas de acesso às obras musicais em geral decorre do uso da tecnologia denominada *streaming* (STJ. 2ª Seção. REsp 1559264/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08/02/2017).

A tecnologia *streaming* representa um conceito abrangente, sendo o meio pelo qual são transmitidos dados e informações utilizando-se redes, especialmente a *internet*, com conexões mais rápidas e contínuas, sem que o usuário necessite fazer *download* do que será executado, tornando possível inclusive o acesso em tempo real de vídeos e/ou áudios, exemplos conhecidos que usam essa tecnologia são o *Youtube* e o *Netflix* (DIZER DIREITO, 2017).

Referida tecnologia é gênero do qual são modalidades a *simulcasting* e *webcasting*. A primeira, *simulcasting*, se refere à transmissão simultânea de programas ou eventos por meio da *internet*, sem qualquer interferência do usuário, como exemplo podemos citar as rádios que transmitem sua programação ao vivo pela *internet*. A segunda, *webcasting*, abrange os conteúdos que são disponibilizados na rede apenas pela *web*, podendo ou não o usuário

interferir no conteúdo disponibilizado, como exemplo podemos citar as rádios *web*, uma vez que elas transmitem apenas pela *internet*, não utilizando ondas eletromagnéticas – como é caso das rádios AM /FM (DIZER DIREITO, 2017).

A tecnologia *streaming*, embora amplamente difundida em nossa sociedade, não esta expressamente prevista na Lei nº 9.610 de 1998, como ocorre com as transmissões de músicas por meio de emissoras de rádio (art. 29, VIII, “d”, da referida lei), existindo diversos questionamentos quanto a sua aplicação para essa nova tecnologia.

Visando dirimir conflitos atinentes a esse objeto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1559264, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08/02/2017, firmou entendimento sobre o uso da tecnologia *streaming* e os direitos do ator.

Na origem, a ação foi ajuizada pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) contra TNL PCS S.A. (nome fantasia OI) visando, em liminar, "a imediata suspensão da execução de obras musicais, literomusicais e fonogramas" pela OI. E, no mérito, a confirmação da liminar e "a suspensão ou interrupção de qualquer execução/transmissão de obras musicais, literomusicais e fonogramas pela Ré, enquanto não providenciar a prévia e expressa autorização do autor". Uma vez que a empresa OI, desde março de 2006, por meio do seu *site* na *internet*, permitia a reprodução da rádio OI FM nas modalidades *simulcasting* e *streaming*.

Visando clarear seu enquadramento na Lei nº 9.610/1998, convém trazer a baila, conforme já exposto, que o ordenamento jurídico pátrio ao tratar dos direitos autorais atribui-lhe dois atributos: o moral, relacionado aos direitos da personalidade e o patrimonial, relativo à exploração econômica da obra. Sendo que no âmbito dos direitos patrimoniais, a supracitada lei, trás no art. 29, incisos VII, VIII alínea i, X, um rol exemplificativo das modalidades de utilização da obra, acabando por abranger a tecnologia *streaming*. Senão vejamos:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

(...)

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções **mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema** que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII- a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

(...)

i) **emprego de sistemas de fibras óticas, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;**

(...)

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - **quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.** (Grifamos).

Outra questão crucial ao analisarmos o enquadramento da tecnologia *streaming* é verificarmos se ela é alcançada pelo conceito de execução pública, uma vez que sem prévia autorização do autor/titular, não poderão ser utilizadas obras em geral em representações e execuções públicas. Nessa seara, dispõe o art. 68, §2º da Lei nº 9.610/1998 que:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

(...)

**§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais**, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, **ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade**, e a exibição cinematográfica. **§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva** os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, **ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.** (Grifamos)

Dessa forma, conforme consta no referido julgado, “o que caracteriza a execução pública de obra musical pela *internet* é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas”. Sendo que a transmissão digital por meio da tecnologia *streaming* é uma forma de execução pública, ficando às obras musicais a disposição de um número indeterminado de pessoas.

Assim, diante do enquadramento como execução pública, resta caracterizado o fato gerador para a cobrança dos direitos do autor pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

Vale ressaltar ainda, consoante decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp em questão, que a autorização da cobrança de direitos autorais pelo ECAD nas transmissões via

*streaming* não ocorre em decorrência do ato praticado pelo indivíduo que acessa o *site*, mas sim pelo ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos, ou seja, ao público em geral.

Isto posto, em referido julgamento, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego das modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologias *streaming*), configuram execução pública de obras musicais, exigindo autorização prévia pelo titular dos direitos de autor e geram o recolhimento de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

## 5 Considerações finais

A reconfiguração do mercado fonográfico culminou na criação de “espaços alternativos de disseminação da música em si”, “adequando à cultura de mídia ao ambiente de interação de indivíduos cada vez mais presentes no mundo cibernético” (PASSOS, 2015).

Nesse cenário, uma das inovações tecnológicas do século XXI que ganhou destaque foi à transmissão de músicas por meio da tecnologia *streaming*, a qual consiste na transmissão de dados e informações (vídeos e/ou áudios) por meio da *internet*, permitindo a execução de arquivos pelo usuário sem que ele necessite realizar o *download*, sendo que no *streaming* de música, por exemplo, não se usa a memória física do computador, mas sim a conexão à *internet* para transmissão dos dados necessários à execução do fonograma.

Dessa forma, embora o *streaming* seja amplamente difundido em nossa sociedade, em especial, devido às facilidades que a *internet* nos proporciona, não está expressamente previsto na Lei nº 9.610 de 1998, uma vez que se trata de uma tecnologia desenvolvida após a edição da lei regulamentadora.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1559264, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08/02/2017, firmou posição quanto à aplicação da Lei de Direitos Autorais às transmissões de músicas que ocorrem por meio da tecnologia *streaming*, compatibilizando o direito de acesso às informações/dados disponibilizados na rede com os direitos do autor da obra.

Referida decisão, se pautou em síntese nos seguintes argumentos: em primeiro lugar, que o rol de situações que dependem de autorização prévia e expressa do autor, previsto no

artigo 29 da Lei nº 9.610/1998 é exemplificativo (art. 29, VII, VIII, alínea i e inciso X), abrangendo a situação das transmissões pela tecnologia *streaming* e em segundo lugar, no fato de que tal modalidade se enquadra como execução pública (art. 68, §§2º e 3º da Lei nº 9.610/1998).

Apontou-se, que o que caracteriza a execução pública de obra musical pela *internet* é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas e que a possibilidade de cobrança de direitos autorais pelo ECAD nas transmissões via *streaming* ocorre em decorrência do ato do provedor que o mantém, disponibilizando a todos.

Por fim, convém destacar que tal decisão – exigência de autorização prévia pelo titular dos direitos de autor e recolhimento de direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição pela transmissão de músicas via *streaming* - vai ao encontro da proteção dos direitos do autor, que em última análise contribuem para promoção do desenvolvimento cultural e econômico do país.

## 6 Referências

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.610** de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1559264**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433471438/recurso-especial-resp-1559264-rj-2013-0265464-7/inteiro-teor-433471448>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Direito das coisas. Direito autoral**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Sheyla. **Do direito autoral – aspectos, conceitos e características**. Disponível em: <<https://sheylaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/190565477/do-direito-autoral-aspectos-conceito-e-caracteristicas>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 44 p.

MARCIAL, Fernanda Magalhães. **Os direitos autorais, sua proteção, a liberdade na internet e o combate à pirataria**. Disponível em: <<http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7307](http://juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7307)>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

MARTINS FIHO, Plínio. **Direitos autorais na internet**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-19651998000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000200011)>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

PASSOS, Lorena Silva. **Novo fluxo da música digital – como as plataformas de streaming redefiniram o consumo musical**. Os Disponível em: <<http://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2015/resumos/R47-2636-1.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sergio. **Direitos autorais**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco civil da internet: uma lei sem conteúdo normativo**. Os Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v30n86/0103-4014-ea-30-86-00269.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

SEREJO, Bianca Moreira Serra. **Fundamentos constitucionais dos direitos autorais**. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4999](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4999)>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

DIZER DIREITO. **Serviços de streaming, como spotify e netflix, tem que pagar direitos autorais ao ECAD**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/04/servicos-de-streaming-como-spotify-e.html>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.