

Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

ISSN: 1981-9684 (impresso)

ISSN 2177-6458 (eletrônico)

16ª Edição

copyright © 2019 por RED|UnB

Editoração e Revisão
Conselho Diretor

Diagramação e Capa
Águeda Caroline

Impressão
Art Letras Editora

Apoio:



34(05)	Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 16 (2019) – Brasília: RED UnB, Anual ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico) 1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.
--------	--

EDITORES-CHEFES

Elisa Guimarães Morais
Janielle Magalhães Silva
Matheus de Souza Depieri
Pedro Henrique de Moura Gonet Branco

EQUIPE EDITORIAL

Gabriela de Lima Chehab
Giovanni Castiglioni Castilho
Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana
Luiz Vinicius de Souza Fernandes
Victor Frank Corso Simple

PROFESSORES CONSELHEIROS

Claudia Rosane Roesler
Diego Herrera Moraes
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

CONSELHO CONSULTIVO

Adailson Moreira
Adriano Cesar Braz Caldeira
Alessandra Hilario
Alexandre Araújo Costa
Amanda Athayde
Amanda Flávio de Oliveira
Amauri Cesar Alves
Ana Cláudia Redecker
Ana de Oliveira Frazão
Ana Rachel Freitas
André Giacchetta
André Karam Trindade
André Macedo
Andre Vasconcelos Roque
Angelo Gamba
Ariane Costa Guimarães
Arlete Inês Aurelli
Augusto Jobim do Amaral

Bartira Miranda
Beatriz Kira
Breno Baia Magalhães
Carolina Machado Cyrillo
Clarice Calixto
Clarindo Epaminondas de Sa Neto
Cláudia Perri
Cláudia Rosane Roesler
Cláudio Macedo de Souza
Clodoaldo Moreira dos Santos Jr.
Cristina Maria Neves
Daniel Vieira Bogéa Soares
Daniela Moraes
Danilo Porfirio
Debora Bonat
Dóris Ghilardi
Eduardo Molan Gaban
Ela Wiecko

Elisa Costa Cruz
Evandro Piza
Everton Luiz Zanella
Fábio de Souza Silva
Fábio Perin Shecaira
Fábio Ulhoa Coelho
Fernanda Lage
Flávio Jardim
Flávio Tartuce
Frederico Cézar
Georges Abboud
Gilvandro Araujo
Gisela Aguiar Wanderley
Guilherme Gomes Vieira
Henrique Arake
Isaac Reis
Jairo Gilberto Schäfer
Jeronimo Domenico Treccani
Joanir Rigo
João Carlos Velloso
João Pereira Monteiro Neto
Jorge Amaury
Jorge Octávio Lavocat Galvão
José Nunes
Juliana Oliveira Nascimento
Laura Carneiro de Mello Senra
Laura Schertel Mendes
Leonardo Lage
Leonardo Rocha e Silva
Loussia Félix
Lucas Bevilacqua
Ludmila Bello
Manoel Jorge Silva
Marcos Vinicius Lustosa Queiroz
Marcus Bastos

Marcus Caldeira
Marcus Faro de Castro
Maria Cecília Monteiro
Maria Paula Bertran
Marlon Tomazette
Mateus Rocha Tomaz
Maysa Pittondo Deligne
Michael Freitas Mohallem
Ney Bello
Nicolao Dino
Patrícia Soster Bortoloto
Paul Hugo Weberbauer
Paula Pessoa
Paulo Blair de Oliveira
Paulo Burnier
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Henrique Sousa
Paulo Roney Avila
Paulo Roque Khouri
Pedro Felipe de Oliveira Santos
Renata Dornelles
Renata Queiroz
Renato Opice Blum
Ricardo Campos
Ricardo Lins e Horta
Rodrigo Portela
Rubens Beçak
Sergio Ruiz Arce
Tainá Aguiar Junquilha
Thiago Conde Teixeira
Tomás Paiva
Vicente Coelho Araújo
Victor Oliveira Fernandes
Werner Grau Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
---------------------------	-----------

QUATRO CONSTITUIÇÕES INCONSTITUCIONAIS E SUAS FUNDAÇÕES DEMOCRÁTICAS	13
---	-----------

Richard Albert

COMO PROTEGER A PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR E A SEGURANÇA DE DADOS NA ERA DO 5G?	48
---	-----------

Mikolaj Barczentewicz and Fred Roeder

DEBATES NECESSÁRIOS À EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA.....	54
---	-----------

Gilmar Ferreira Mendes

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE NO BRASIL: EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO.	64
--	-----------

Reynaldo Soares da Fonseca

REFORMAS PARA O BEM COMUM	91
--	-----------

Ives Gandra Martins Filho

IMPOSIÇÕES CULTURAIS E DIREITOS HUMANOS: CRIANÇAS-BRUXAS NA NIGÉRIA.....	98
---	-----------

Amanda Figueiredo de Andrade

Letícia Guardiano Ribeiro da Silva

DILEMMAS OF JUSTICE ON THE LEGAL TRANSPLANTATION OF UNITED STATES ANTI-CORRUPTION INSTITUTES INTO BRAZILIAN LAW	112
--	------------

Ana Flávia Azevedo Pereira

A RELEVÂNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA A PROMOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

UMA ANÁLISE DO MODELO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, RESPONSABILIDADES ADVINDAS DA MÁ GESTÃO E O INSTITUTO CAPAZ DE PROMOVER SUA MELHORIA 126

Andressa Lameu

BUROCRACIA E DESBUROCRATIZAÇÃO:

BREVE ANÁLISE DAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS REALIZADAS NO BRASIL. 151

Anna Luiza Dunstan Curado Moraes de Aguiar

INVESTIGAÇÕES ANTITRUSTE NO SETOR DE PEÇAS AUTOMOTIVAS E A NECESSIDADE OU NÃO DE DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE:

UMA ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO CADE 177

Bruno Almeida Silva

A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO:

ANÁLISE E AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO RESP 1.159.242/SP 193

Cristiano Brilhante de Souza

CONFLITOS DE AGÊNCIA E DIREITO SOCIETÁRIO: CONCEITOS, ESTRATÊGIAS E SOLUÇÕES..... 230

Gabriel Campos Soares da Fonseca

Sophia Guimarães

ANÁLISE DAS NORMAS ANTIELISIVAS NOS TRATADOS CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO FIRMADOS PELO BRASIL 244

Gabriel Rübinger-Betti

REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO:

IMPACTOS DEMOCRÁTICOS E O PAPEL DO DIREITO..... 263

Giulia Ferrigno Poli Ide Alves

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE NOS CASOS DE ADOÇÃO TARDIA:

UMA ANÁLISE DO APLICATIVO A.DOT..... 281

Hellen Luana de Souza

Marielle Teixeira da Silva Polli

RIGHTS-BASED APPROACHES TO DEVELOPMENT:

CONCEPTS, FOCUSES, AND LIMITATIONS..... 310

João Paulo Aguiar Moreira

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA:

A EXEQUIBILIDADE DOS PRECATÓRIOS DE QUINTOS E DÉCIMOS À LUZ DO RE 638.115/CE..... 324

João Victor Barbosa Ferreira

A REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY A PARTIR DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA..... 342

Lidiane Souza dos Santos

GARANTISMO:

CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA.

UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES CONCEITUAIS DESSE PARADIGMA 361

Matheus Thiago Carvalho Mendonça

ATIPICIDADE DA CORRUPÇÃO PRIVADA:

DE LACUNA NORMATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO À (DES) INCENTIVO NA ADOÇÃO DO COMPLIANCE PELAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS 378

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

A COLUSÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS:

BREVES REFLEXÕES.....403

Natasha Reis de Carvalho Cardoso

**A REGULAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE DE PREÇOS
NO MERCADO DE RESERVAS DE ACOMODAÇÕES ONLINE AO
REDOR DO MUNDO439**

Pedro Pinto Costa Bittencourt Barbosa

**O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL:
UMA ANÁLISE JURÍDICA E CRIMINOLÓGICA..... 454**

Rafaella Soares Fraga

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 16ª edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB). Ao longo dos seus vinte e três anos de história e, agora, dezesseis edições, já passaram por nossas páginas textos de juristas do calibre de José Carlos Moreira Alves, José Paulo Sepúlveda Pertence, Eliana Calmon, Antônio Augusto Cançado Trindade e Cass Sunstein.

Cientes de que o desenvolvimento científico nacional depende de projetos como este, que estimulem a pesquisa científica e ofereçam as discussões mais relevantes para o aperfeiçoamento acadêmico-profissional dos brasileiros, assumimos a gestão da RED|UnB, em janeiro deste ano, com o desafio de dar continuidade a esse importante projeto da Faculdade de Direito da UnB, sempre com o intuito de representar nosso corpo discente com a excelência que lhe é peculiar.

Neste ano de 2019, recebemos noventa e um artigos de autores dos mais diversos estados brasileiros. Após avaliação às cegas dos artigos submetidos (double-blind peer review) por um Conselho Consultivo formado por mais de cem especialistas do Direito, foram selecionados dezoito artigos para publicação nesta edição. Entre graduandos e bacharéis, mestrands e mestres, nossos autores vêm de Institutos nacionais e estrangeiros, como UnB, USP, UFMG, PUC/SP, UFU, UEL, UFPel, UFGD, IDP, La Trobe University, Universidad Nacional de La Plata. O leitor encontrará textos que contemplam temas de Direito Constitucional, Penal, Civil, Tributário, Internacional, Administrativo, Empresarial, Concorrencial e Processual Civil, todos com a aprovação de pareceristas que se destacam nas suas respectivas áreas de atuação.

Além dos artigos submetidos, esta edição oferece aos leitores duas seções de artigos convidados. Uma delas pretende trazer para o Brasil discussões vanguardistas travadas no exterior. Com traduções inéditas, a RED|UnB oferece à comunidade lusófona os textos “Quatro Constituições Inconstitucionais e suas fundações democráticas”, do professor norte-americano Richard Albert, e “Como Proteger a Privacidade do Consumidor e a Segurança de Dados na Era do 5G”, dos professores Mikołaj Barczentewicz e Fred Roeder.

A segunda seção de artigos convidados oferece aos leitores a análise da jurisprudência recente de tribunais superiores na visão de magistrados que compõem os respectivos tribunais. O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Ferreira Mendes traz reflexões sobre a colaboração premiada, tema em voga tanto na seara acadêmica quanto na social.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Reynaldo Soares da Fonseca discute, em seu artigo, o princípio jurídico da fraternidade e a sua relação com os direitos fundamentais. O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Ives Gandra Martins Filho, por sua vez, tece comentários à Reforma Trabalhista de 2017 e o impacto que ela teve nas relações entre empregados e empregadores, bem como no papel da Justiça do Trabalho.

Registramos nosso agradecimento, nas pessoas de Antônio Torreão Braz Filho, Ronald Barbosa, José Peixoto Guimarães Neto, Shigueru Sumida, Adriano Drummond Trindade e Hércules Benício, à Associação de ex-alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (Alumni FD-UnB), principal parceira da RED|UnB, que ofereceu o apoio financeiro e institucional necessário para viabilizar esta edição. Manifestamos, por fim, nosso agradecimento aos nossos professores conselheiros Cláudia Roesler, Diego Herrera, Pedro Felipe e Tarcísio Vieira, aos membros do Conselho Consultivo e aos integrantes da Equipe Editorial.

Com os votos de uma boa e frutífera leitura,
Conselho Diretor da RED|UnB

QUATRO CONSTITUIÇÕES INCONSTITUCIONAIS E SUAS FUNDAÇÕES DEMOCRÁTICAS¹

Richard Albert²

O fascínio provocado pelo fenômeno global das emendas constitucionais inconstitucionais suscitou a questão: constituições podem ser inconstitucionais? Declarar uma constituição inteira inconstitucional parece diferir em tipo e em grau da declaração de inconstitucionalidade de uma única emenda que viole o cerne de uma constituição, o que já é uma ação extraordinária. Neste artigo, exemplifico e analiso quatro diferentes concepções de uma constituição inconstitucional. Cada concepção é extraída de uma constituição atualmente em vigor ao redor do mundo, nomeadamente as constituições do Canadá, do México, da África do Sul e dos Estados Unidos. Apesar da inconstitucionalidade em diferentes sentidos do conceito, cada constituição está fundada em princípios democráticos. A força desses fundamentos, no entanto, varia em cada caso.

I- Uma Constituição Inconstitucional?

O mais fascinante conjunto de questionamentos em direito público comparado hoje é se, com base em quê, e por quem uma emenda constitucional pode ser declarada inconstitucional³. Em alguns

¹ Tradução de Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco (Editores-chefes da RED|UnB). O original aparece em: Albert, Richard. *Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations*. 50 *Cornell International Law Journal* 169 (2017).

² William Stamps Farish Professor da University of Texas at Austin. E-mail: richard.albert@law.utexas.edu. Pelos comentários em um rascunho anterior, agradeço a Joshua Braver, Fruzsina Gárdos-Orosz, András Jakab, Kim Lane Scheppele, Holger Spamann, Zoltán Szenté e Mila Versteeg. Também foram importantes os feedbacks e as críticas construtivas de participantes de workshop na Faculdade de Direito do Boston College, na Academia Húngara de Ciências e na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Agradeço à equipe do *Cornell International Law Journal*, entre eles Rachael Hancock, Zack Feldman e Natalia San Juan, pelas valiosas contribuições editoriais a este artigo. Agradeço ao generoso apoio do Fundo Nicholson da Faculdade de Direito do Boston College.

³ Para relatos recentes sobre o tema, Cf. Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (2017); Richard Albert, *Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions*, in *Edward Elgar Handbook on Comparative Constitution-Making* (David Landau & Hanna Lerner, eds., 2017); Richard Albert, *The Unamendable Core of the United States Constitution*, in *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (András Koltay, ed., 2015); Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13 *INT'L J. CONST. L.* 606 (2015); Yaniv Roznai, *The Theory and Practice of "Supra-Constitutional" Limits on Constitutional Amendments*, 62 *INT'L &*

países, como na Índia, Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais desenvolveram a doutrina da “estrutura básica” para invalidar, no âmbito do direito material, emendas constitucionais que cumpriam com todos os requisitos formais para uma mudança constitucional.⁴ Em outros países, como na Turquia, o texto constitucional só permite que os tribunais superiores analisem a constitucionalidade de emendas que apresentam defeitos procedimentais.⁵ Há países, como a França, em que a prevalência da soberania popular valida quaisquer emendas constitucionais que satisfaçam aos requisitos formais previstos na constituição e, conseqüentemente, não reconhecem a possibilidade de que emendas constitucionais possam ser inconstitucionais.⁶

A análise da constitucionalidade de emendas provoca um conjunto igualmente fascinante de questionamentos – que, embora similares, distinguem-se das questões anteriores – sobre se, com base em quê e por quem uma constituição pode ser declarada inconstitucional.⁷ Os dois conjuntos de questões estão relacionados na medida em que ambos devem superar a mesma objeção à ideia de que não existem fundamentos democráticos para a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda.⁸ São diferentes, contudo, tanto em grau quanto em tipo, uma vez que a possibilidade de declarar uma constituição inteira inconstitucional atinge mais intimamente o núcleo do conceito de democracia constitucional e os requisitos democráticos que legitimam a criação de uma nova constituição. Embora existam argumentos razoáveis para invalidar certas emendas constitucionais por defeitos formais, materiais ou híbridos⁹, não

COMP. L.Q. 557 (2013); Carlos Bernal, Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of Constitutional Replacement Doctrine, 11 INT’L J. CONST. L. 339 (2013); Gábor Halmai, Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?, 19 Constellations 182 (2012); Aharon Barak, Unconstitutional Constitutional Amendments, 44 ISR. L. REV. 321 (2011).

⁴ Cf. *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, (1981) 1 SCR 206; *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, (1973) 4 SCC 225 (Índia); *Golaknath v. State of Punjab*, (1967) 2 SCR 762.

⁵ Constituição da Turquia., pt. IV, tit. I, art. 178(1)–(2) (1982).

⁶ Decisão da Corte Constitucional No. 92-312DC, Sept. 2, 1992, Rec. 76 (Fr.). O mesmo vale nos Estados Unidos no que diz respeito à constituição federal. Cf. Richard Albert, *Nonconstitutional Amendments*, 22 CAN. J. L. & JURIS. 5, 32– 38 (2009) (embora não necessariamente quanto às constituições dos estados subnacionais). Cf. Richard Albert, *American Exceptionalism in Constitutional Amendment*, 69 ARK. L. REV. 217 (2016).

⁷ O mais importante é o artigo de Gary Jacobsohn sobre a inconstitucionalidade na Índia e na Irlanda, apesar de ele tratar mais propriamente de emendas constitucionais inconstitucionais que de constituições inconstitucionais. Cf. Gary Jacobsohn, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 INT’L J. CONST. L. 460 (2006).

⁸ Para uma das doutrinas e justificações teóricas mais importantes quanto à declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais no contexto específico da Constituição indiana, Cf. Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine* 164–229 (2009).

⁹ Em outro artigo, desenvolvi esses três fundamentos para se invalidar uma emenda constitucional. Cf. Richard Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in*

há um roteiro bem definido para a declaração de inconstitucionalidade de uma constituição inteira.

A hipótese de uma constituição inconstitucional corre o risco de ser mal-entendida como implausível, sacrílega ou subversiva. Um jurista estritamente formalista poderia questionar como uma constituição que fora propriamente ratificada estaria em condições de ser declarada inconstitucional. Em uma perspectiva de veneração da constituição, a alegação de sacrilégio baseia-se na descrença de que a *nossa* constituição pudesse ser inconstitucional. Uma visão fundacionalista, por outro lado, pressupõe a constitucionalidade da constituição porque todas as outras leis derivam dela; sem uma constituição válida, não há fonte geradora de normas, o que é incogitável. Contudo, nenhuma dessas três respostas é satisfatória – consideradas individualmente ou em conjunto – para impedir que uma emenda seja considerada inconstitucional, como se vê na realidade das cortes, que comumente invalidam emendas constitucionais.¹⁰ No passado, invalidar uma emenda por violar o cerne da constituição era uma ação extraordinária, mas a crescente frequência dessas ações tornou a declaração de inconstitucionalidade de emendas algo relativamente comum na vida constitucional.

Evidentemente, uma constituição fictícia¹¹ é inconstitucional no sentido liberal democrático¹², é uma patologia que recorda o problema de constituições que não se fundam na cultura do constitucionalismo.¹³ Meu interesse aqui, no entanto, está nas constituições democráticas. Nosso ponto de partida é a multiplicidade de significados de inconstitucionalidade, conceito que ao mesmo tempo completa e compete com os eixos de *formalidade* constitucional, *valores* constitucionais, *democracia* constitucional e *legitimidade* constitucional. Neste artigo, desenvolvo esses diferentes significados de inconstitucionalidade para ilustrar quatro concepções de constituição inconstitucional. Cada concepção foi extraída da experiência de quatro tradições constitucionais, cada qual com a atual constituição codificada: as constituições do Canadá, do México, da África do Sul e dos Estados Unidos. O que se extrai disso não é que essas constituições devem ser declaradas inconstitucionais,

Canada, 41 QUEEN'S L.J. 153, 182–203 (2015).

¹⁰ Cf. Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments - The Migration and Success of a Constitutional Idea, 61 AM. J. COMP. L. 657, 670–710 (2013).

¹¹ (N.T.) “Sham Constitution”.

¹² Cf. David S. Law & Mila Versteeg, Sham Constitutions, 101 CAL. L. REV. 863, 880 (2013).

¹³ Cf. Richard Albert, The Cult of Constitutionalism, 39 FLA. ST. U. L. REV. 373, 382–83 (2012); Qianfan Zhang, A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China, 8 INT'L J. CONST. L. 950 (2010) (analisando esse fenômeno na China).

mas que podemos nos valer dessas tradições constitucionais para entender o que poderia significar uma constituição inconstitucional. Apesar da inconstitucionalidade nos diferentes conceitos apresentados, as constituições analisadas baseiam-se em fundamentos democráticos. A força desses fundamentos, entretanto, varia em cada constituição.

Início a Parte II revisitando a ilegalidade da Constituição dos Estados Unidos, a constituição federal que substituiu os Artigos da Confederação, a primeira constituição norte-americana. O processo de proposição e adoção da Constituição atualmente em vigor violou as regras de mudança previstas nos Artigos da Confederação, problema superado pela ratificação popular que legitimou o não cumprimento dos Artigos até então previstos. Na Parte III, volto-me à Constituição da África do Sul, cujo rascunho fora declarado inconstitucional pela Corte Constitucional em um peculiar procedimento de certificação que se dividia em duas etapas. A Parte IV centra-se na Constituição do Canadá, talvez o país mais resistente a alterações formais significativas, o que faz dele o mais problemático na perspectiva da democracia participativa. Em seguida, na Parte V, exploro a curiosa regra da Constituição do México que, com o intuito de tornar a constituição insubstituível, nega a validade de qualquer nova constituição que rebeldes possam adotar.

Ao longo de cada parte, discuto os possíveis argumentos democráticos que justificariam a inconstitucionalidade das constituições. Mostro que as constituições inconstitucionais têm origem em fundamentos democráticos, embora de força variável. Meu propósito neste artigo é aprofundar nosso entendimento de emendas constitucionais inconstitucionais com a ideia de constituições inconstitucionais, uma possibilidade fascinante e pouco estudada.

II- A Constituição dos Estados Unidos e a Formalidade Constitucional

Os Estados Unidos tiveram dois textos constitucionais de âmbito nacional.¹⁴ O primeiro foi o dos Artigos da Confederação, adotado pelo Congresso Continental de 1777, logo após a Declaração de Independência. Os Artigos foram ratificados por todos os treze estados em 1781 e permaneceram em vigor até 1789, quando a nova Constituição dos Estados Unidos passou a vigorar, embora ratificada por apenas nove estados.¹⁵

¹⁴ Cf. Donald S. Lutz, *The Articles of Confederation as the Background to the Federal Republic*, 20 *PUBLIUS* 55, 57 (1990) (descreve os Artigos da Confederação como a “primeira constituição nacional dos Estados Unidos”)

¹⁵ Cf. *Constituições dos Estados Unidos*, art. VII (1787) (“A ratificação, por parte das convenções de nove Estados, será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado”).

A ratificação da Constituição foi válida quando analisada a partir dos seus próprios termos, mas foi inválida se vista pelas regras de mudança presentes nos Artigos da Confederação.

a. A Segunda Fundação dos Estados Unidos

Os Artigos da Confederação estabeleceram um oneroso processo de modificação constitucional, que exigia a aprovação da mudança por todos os estados-membros. A regra para emendar a constituição baseava-se nos princípios da inviolabilidade, da perpetuidade e da unanimidade. Os Artigos obrigavam os estados-membros a acatá-los sem exceções, um requisito inspirado em obrigações similares de constituições estaduais da época.¹⁶ Os Artigos também previam sua própria “perpetuidade”, embora, é claro, nenhuma constituição possa garantir sua própria sobrevivência em face de eventual vontade popular em contrário.¹⁷ O último elemento foi o elevado patamar para emendar a constituição; os Artigos exigiam o consenso das “legislaturas de cada estado-membro” para eventual emenda. O artigo XIII do texto legal reflete cada um desses três elementos:

Os Artigos desta Confederação deverão ser observados sem violações por cada estado-membro, e a União deverá ser perpétua; nenhuma alteração deverá ser feita em qualquer um deles; a menos que tal alteração seja acordada em um Congresso dos Estados Unidos e, posteriormente, confirmada pelas legislaturas de cada estado-membro.¹⁸

A exigência de unanimidade dos estados para a alteração dos Artigos tornou as propostas de emendas inviáveis¹⁹, e, de fato, nenhuma proposta de emenda aos Artigos da Constituição jamais foi aprovada.²⁰ A inexistência de alterações não se deu por falta de propostas. Em julho de 1781 – cerca de cinco meses depois da ratificação dos Artigos – o Congresso Continental instruiu uma comissão a “preparar uma exposição da Confederação, um plano para sua completa execução e artigos complementares”²¹. Embora a comissão tenha apresentado seu relatório já no mês de agosto – e tenha recomendado numerosas emendas aos Artigos – nenhuma alteração foi feita.²² O mesmo aconteceu com todas

¹⁶ Cf., e.g., a Constituição de Maryland, art. XXXVIII (1776); a Constituição da Carolina do Sul, art. XLIII (1778).

¹⁷ Cf. Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* 70 (2010).

¹⁸ Artigos da Confederação de 1781, art. XIII (1781).

¹⁹ Cf. Douglas G. Smith, *An Analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and the Constitution*, 34 SAN DIEGO L. REV. 249, 299–300 n.159 (1997).

²⁰ Benjamin Fletcher Wright, *Consensus and Continuity— 1776– 1878*, 38 B.U. L. REV. 1, 19 (1958).

²¹ 20 Journals of the Continental Congress 773 (July 20, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912).

²² 21 Journals of the Continental Congress 894–96 (Aug. 22, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912).

as demais propostas de emendas.²³ O poder de veto dos estados, previsto nos Artigos, levou à convocação de uma assembleia extraordinária para buscar um meio de corrigir os problemas identificados nos Artigos da Confederação.²⁴

O Congresso Continental preparou instruções precisas para que os delegados dos estados-membros que se reuniram na Convenção da Filadélfia pudessem corrigir os problemas identificados nos Artigos²⁵. Os delegados deveriam se reunir com o único propósito de “revisar” os Artigos a fim de preservar a União. A resolução que regia os delegados da Convenção não parecia haver deixado aberta a possibilidade *constitucional* de se adotar uma nova constituição, uma vez que determinava que os delegados tinham um “único e expresso propósito”:

Resolveu-se que, na opinião do Congresso, é conveniente que, na segunda segunda-feira de maio, uma Convenção de delegados que deverão ser indicados pelos estados-membros será realizada na Filadélfia com o único e expresso propósito de revisar os Artigos da Confederação e relatar ao Congresso e às várias legislaturas as alterações e disposições recomendadas, bem como adequar a Constituição Federal, após confirmação do Congresso e das legislaturas estaduais, às exigências do governo e à preservação da União.²⁶

Observe aqui a insistência de que a Convenção relate suas recomendações de revisão tanto para o Congresso quanto para os estados. Note também que as “alterações e disposições recomendadas” devem ser aprovadas pelo Congresso e pelos estados para se tornarem efetivas, mesma exigência presente nas regras de proposta de emenda aos Artigos da Confederação.

²³ Cf. 19 Journals of the Continental Congress 112– 13, 124– 25 (Feb. 3, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912) (propondo poder ao Congresso para coletar impostos de importação); 20 Journals of the Continental Congress 469–71 (Mar. 12, 1781) (Gaillard Hunt ed., 1912) (propondo ao Congresso poder sobre os estados); 20 Journals of the Continental Congress 257– 59 (Apr. 18, 1783) (Gaillard Hunt ed., 1912) (propondo garantia temporária ao poder do Congresso de coletar impostos de importação e solicitando fundos suplementares dos estados); 24 Journals of the Continental Congress 260 (Apr. 18, 1783) (Gaillard Hunt ed., 1922) (propondo compartilhamento de custos para defesa comum ou bem comum geral conforme a população); 26 Journals of the Continental Congress 317–22 (Apr. 30, 1784) (Gaillard Hunt ed., 1928) (propondo garantia temporária de poder ao Congresso, num período de quinze anos, para regulamentar o comércio com os estados, requisitando o consentimento de apenas nove estados); 28 Journals of the Continental Congress 201–05 (Mar. 28, 1785) (John C. Fitzpatrick ed., 1933) (propondo dar ao Congresso poderes amplos e permanentes de regulação do comércio); 31 Journals of the Continental Congress 494–98 (Aug. 7, 1786) (John C. Fitzpatrick ed., 1934) (propondo sete artigos adicionais aos Artigos da Confederação).

²⁴ Cf. Sanford Levinson, “Veneration” and Constitutional Change: James Madison Confronts the Possibility of Constitutional Amendment, 21 TEX. TECH. L. REV. 2443, 2448–49 (1990).

²⁵ George D. Harmon, The Proposed Amendments to the Articles of Confederation, 24 S. ATLANTIC Q. 298, 435 (1925).

²⁶ 32 Journals of the Continental Congress 74 (Feb. 21, 1787) (Roscoe R. Hill ed., 1936).

Essas instruções do Congresso Continental deram ensejo ao debate entre Bruce Ackerman e Akhil Amar sobre a ilegalidade da “segunda fundação da América”. Ackerman entende a Convenção como algo formalmente ilegal que, apesar disso, não teve sua autoridade abalada, mas fortalecida, se consideradas suas origens em um parlamento que presidiu a Revolução Gloriosa de 1688, um parlamento legalmente deficiente.²⁷ Para Amar, no entanto, a segunda fundação da América foi legal, pois não havia uma constituição a ser violada: para ele, os Artigos eram um tratado entre os treze estados e qualquer estado poderia legalmente exercer o seu poder de rescindir o pacto confederativo.²⁸ O fato, entretanto, é que, segundo o texto que o Congresso editou com instruções aos delegado, os Artigos não constituíam um tratado, mas uma constituição – o Congresso refere-se à sua “Constituição Federal”, cujo texto seria revisto pela Convenção com vistas à “preservação da União”.

A referência aos Artigos como sendo uma constituição mostra que é possível afirmar que a nova Constituição dos Estados Unidos era inconstitucional. Do ponto de vista dos Artigos vigentes à época da Convenção da Filadélfia, o processo que deu origem à “segunda fundação” não obedeceu às regras de mudança estabelecidas na constituição existente. As regras dos Artigos da Confederação exigiam que qualquer proposta de modificação dos Artigos – as revisões que Congresso Continental autorizou a Convenção da Filadélfia a propor – teriam sua validade condicionada à aprovação pelo próprio Congresso Continental e, posteriormente, por cada uma das legislaturas estaduais. O Congresso Continental, no entanto, não aprovou nem reprovou o projeto de constituição que a Convenção enviou.²⁹ A Convenção restringiu-se a enviar aos estados-membros cópia do relatório das discussões com as resoluções correspondentes.³⁰ Os estados também não aprovaram a nova constituição por unanimidade; a nova constituição entrou em vigor quando nove dos treze estados a referendaram, como fora proposto no rascunho da Carta.³¹ Se considerados esses dois aspectos da maneira como foi criada a segunda constituição, percebe-se que o processo formal violou as regras estabelecidas na primeira. Há ainda outro ponto a ser considerado no debate da ilegalidade da nova constituição: a constituição proposta violava as constituições estaduais de muitos estados-membros.

²⁷ Cf. 1 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* 174–75 (1991).

²⁸ Cf. Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 COLUM. L. REV. 457, 465–66 (1994).

²⁹ Cf. 1 James Schouler, *History of The United States of America under the Constitution* 54 (1882).

³⁰ 23 *Journals of the Continental Congress*, 544 (Sept. 27, 1787) (Gaillard Hunt ed., 1914).

³¹ *Constituição dos Estados Unidos*, art. VII.

Algumas proibiam a reunião de convenções fora de períodos bastante específicos – nenhum dos quais correspondia à chamada feita pela Convenção da Filadélfia para convenções estaduais em 1787.³² Não obstante, as convenções estaduais foram realizadas.

b. A Ratificação Legitimadora

A constitucionalidade nesse sentido formal, entretanto, opera em um plano diferente do da legitimidade. As convenções estaduais que ratificaram o rascunho da nova constituição serviram a um duplo propósito, ambos igualmente importante. O primeiro era baseado na legalidade da ratificação. A legalidade foi avaliada pela perspectiva da constituição proposta, não do que fora previsto nos Artigos da Confederação, uma vez que a ratificação da nova constituição estava em desacordo com os requisitos legais de mudança estabelecidos nos Artigos. A ratificação exigida na constituição proposta requeria que a maioria absoluta dos estados-membros aprovasse a mudança, uma exigência difícil, embora menos complicada que a unanimidade demandada pelos Artigos da Confederação para sua alteração.³³ As convenções estaduais satisfizeram as condições propostas no projeto da constituição, garantindo legalidade a ela. O estado de New Hampshire tornou-se o nono a ratificá-la, em junho de 1788, e a Constituição entrou em vigor em 4 de março de 1789.³⁴ Assim sendo, as convenções estaduais cumpriram com o seu primeiro propósito – uma ratificação legal.

O segundo objetivo das convenções estaduais era garantir legitimidade ao documento. O projeto da Constituição, se fosse aprovado, deveria ter suporte da população como um todo, não apenas dos governos estaduais, tanto porque os estados não chegavam a um acordo entre si, quanto porque o consentimento do povo forneceria ao documento uma autoridade mais firme.³⁵ A legitimidade viria do processo de ratificação que daria à constituição uma substancial legitimidade popular ou sociológica, ao invés da mera legitimidade advinda da legalidade do projeto, esta última que fora perdida quando o Congresso Continental mitigou as exigências formais previstas para mudança nos Artigos da Confederação. Como Jack Rakove explica, “Madison entendeu que uma constituição adotada por um processo de aprovação popular teria uma autoridade superior” que se

³² 2 Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* 36–38 (1998).

³³ Constituição dos Estados Unidos, art. VII (“A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado.”)

³⁴ Há, no entanto, alguma dúvida quanto ao momento em que a Constituição adquiriu eficácia enquanto lei. Cf. Gary Lawson & Guy Seidman, *When Did the Constitution Become Law?*, 77 *Notre Dame L. REV.* 1 (2001).

³⁵ Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776– 1787* 532 (2d ed. 1998).

aprovada apenas pelas assembleias legislativas estaduais – de onde vinha a autoridade dos Artigos da Confederação e das constituições estaduais.³⁶

Essa autoridade superior derivou do consentimento popular, expresso no fórum extraordinário da convenção constitucional. Essa forma revolucionária de deliberação e tomada de decisão resultou em um produto validado pelo processo previsto na própria convenção.

Com a ratificação, “alcançou-se uma constituição considerada produto de um processo em que a fonte última de legitimidade, a soberania popular, expressou-se de modo tão completo e claro quanto a aceitação das crenças e instituições políticas que o período permitia”³⁷. A ratificação bem-sucedida da Constituição sugere que o consentimento dos governados é condição de legitimidade necessária e suficiente.³⁸

A constituição, no entanto, tomou um caminho peculiar para alcançar a legitimidade: sua autoridade popular não veio de uma eleição normal, mas de um longo e complexo diálogo entre os governos federal e estadual, bem como entre as elites políticas e os cidadãos comuns.³⁹

A convenção de ratificação foi uma instituição peculiarmente americana, criada a partir daquilo que historicamente havia sido uma estrutura política espontânea e não representativa, mas que se mudou em um democrático e institucionalizado corpo governamental responsável por escrever as constituições estaduais e, depois, ratificar a Constituição dos Estados Unidos.⁴⁰ Essa instituição se baseava no que Bruce Ackerman e Neal Katyal chamaram de exercício de “democracia quase direta”.⁴¹ Essa convenção não pediu que os eleitores se manifestassem da mesma forma que fariam em um referendo popular, nem era a convenção propriamente um corpo representativo. Pelo contrário, os eleitores deveriam eleger delegados que se reuniriam na convenção com um mandato do povo para votar ou não pela ratificação – alguns delegados fizeram sua campanha defendendo a ratificação, outros se mostraram contrários e houve aqueles que não se posicionaram nessa primeira etapa.⁴² Ackerman e Katyal explicam que objetivo era organizar um “plebiscito deliberativo”:

³⁶ Jack N. Rakove, *Constitutional Problematics*, circa 1787, in *Constitutional Culture and Democratic Rule* 41, 65 (John Ferejohn et al. eds., 2001).

³⁷ Richard S. Kay, *The Illegality of the Constitution*, 4 *CONST. COMMENT.* 57, 75 (1987).

³⁸ Cf. Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 *HARV. L. REV.* 1787, 1805 (2005).

³⁹ 2 Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* 85 (1998).

⁴⁰ Cf. Roger Sherman Hoar, *Constitutional Conventions: Their Nature, Powers and Limitations* 1–11 (1987).

⁴¹ Bruce Ackerman & Neal Katyal, *Our Unconventional Founding*, 62 *U. CHI. L. REV.* 475, 562 (1995).

⁴² *Idem*, p. 563.

O modo de convenção, em suma, representou uma característica combinação de vontade popular com deliberação por parte da elite. Por um lado, o debate e as decisões da campanha eleitoral guiaram a convenção em uma direção específica. Por outro, os delegados tinham liberdade para debater e refinar a vontade popular manifestada nas urnas, de onde veio o “mandato” deles. Os federalistas buscavam o melhor dos dois mundos – a combinação do envolvimento popular pela “democracia direta” com a sofisticada deliberação de uma “democracia representativa”. O objetivo era, em resumo, um *plebiscito deliberativo*.⁴³

A manifestação da população era essencial dadas as intenções da Convenção Federal: pedir aos estados que violassem as formalidades exigidas pelos Artigos da Confederação para a aprovação de emendas constitucionais. Ao convidar o povo para deliberar sobre o rascunho da constituição, a questão deixou de ser a legalidade ou não da quebra dos Artigos e passou a ser uma reflexão mais profunda sobre o que melhor serviria ao povo e à república. O resultado das eleições não era previsível, pois “se os cidadãos achassem a ilegalidade realmente um problema, eles simplesmente elegeriam tantos delegados Antifederalistas para a convenção que a Constituição seria reprovada”.⁴⁴ Como Madison escreveu, dado que a nova constituição “deveria ser submetida ao crivo do próprio povo, a desaprovação desta autoridade suprema arruinaria o rascunho da constituição para sempre; sua aprovação, portanto, apagou todos os erros e irregularidades antecedentes”.⁴⁵

Essas convenções constitucionais para debates e deliberação sobre a ratificação do projeto da constituição permitiu que seus partidários “partissem para a ofensiva e negassem que as objeções legais levantadas pelos Antifederalistas fossem invocadas para impedir que a convenção do povo deliberasse sobre seu destino”.⁴⁶ No fim, a ratificação da constituição fez da sua inconstitucionalidade formal algo irrelevante.

III - A Constituição Sul-Africana e os Valores Constitucionais

O ano de 2016 marcou o vigésimo aniversário da revolucionária Constituição da África do Sul, um documento baseado no desejo de levar o país do apartheid para a democracia. Descrita como “um exemplo mundial de constituição transformadora”,⁴⁷ a Constituição consolida o compromisso de fundar valores tais quais o “não-racismo” e o “não-

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Idem, p. 562.

⁴⁵ The Federalist No. 40, at 265–66 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed., 1961).

⁴⁶ Bruce Ackerman & Neal Katyal, Our Unconventional Founding, 62 U. CHI. L. REV. 475, 562 (1995).

⁴⁷ Cass R. Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions Do 224 (2002).

sexismo”, bem como “a dignidade humana, a conquista da igualdade e o aperfeiçoamento dos direitos e liberdades do ser humano”⁴⁸.

A Declaração de Direitos enumera as diferentes categorias protegidas pela Carta, incluindo “raça, gênero, sexo, gravidez, estado civil, origem étnica ou social, cor, orientação sexual, idade, deficiência, religião, consciência, crença, cultura, língua e nascimento.”⁴⁹ Como Bruce Ackerman escreveu, essa Constituição histórica prometeu “um recomeço político”.⁵⁰ A Corte Constitucional da África do Sul ajudou a concretizar essas promessas com julgamentos probos e estratégicos.⁵¹ A nova Constituição sul-africana, no entanto, não teve um começo auspicioso.

a. A Decisão de Certificação

Em 6 de setembro de 1996, a Corte Constitucional declarou inconstitucional o rascunho da constituição.⁵² A Corte declarou nove dos seus dispositivos inválidos.⁵³ Um dispositivo por violar o direito à negociação coletiva,⁵⁴ dois por protegerem excessivamente os estatutos ordinários do controle jurisdicional,⁵⁵ outro por falhar em garantir direitos e em estabelecer procedimento especial para emendas constitucionais⁵⁶ e outro por dar proteção insuficiente à independência e à imparcialidade de dois importantes órgãos democráticos, o *Public Protector*⁵⁷ e o Auditor Geral⁵⁸. A Corte também julgou a Constituição deficiente porque um dispositivo falhou em proteger a independência e a imparcialidade da Comissão do Serviço Público da África do Sul, bem como falhou em reconhecer e promover a autonomia provincial.⁵⁹ A Corte anulou outros dois dispositivos por não criarem ou limitarem apropriadamente

⁴⁸ Constituição da África do Sul, capítulo 1, § 1 (1996).

⁴⁹ Idem, capítulo 2, §9 (3).

⁵⁰ Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771, 783 (1997).

⁵¹ Cf. Theunis Roux, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995–2005* 143–90 (2013).

⁵² Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 23/96 (Sept. 6, 1996).

⁵³ Idem, parágrafo 482.

⁵⁴ Idem, parágrafo 69.

⁵⁵ Idem, parágrafos 149-150.

⁵⁶ Idem, parágrafos 152-159.

⁵⁷ (N.T.) Instituição sul-africana com algumas funções similares às do Ministério Público Federal brasileiro.

⁵⁸ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 23/96, parágrafos 161-165.

⁵⁹ Idem, parágrafos 170-177, 274-278, 381-390.

os poderes de governos locais⁶⁰ e também declarou que a Constituição não equilibrava adequadamente a distribuição de poderes entre os governos nacional e provincial.⁶¹ A decisão de declarar a constituição inconstitucional foi vista na época como “uma jurisprudência e um acontecimento político únicos no mundo”.⁶²

A Corte exerceu o seu poder extraordinário de controle de constitucionalidade com base na autoridade outorgada ao tribunal pela Constituição Interina da África do Sul. Reconhecendo que este era um arranjo excepcional, a Corte compreendeu a missão dada pela Constituição Interina como um dever legal, não político.⁶³ A sua função, escreveu a Corte, não era “expressar uma opinião sobre quaisquer lacunas na [nova constituição]”.⁶⁴ A Corte entendeu sua função como sendo “claramente enunciada na [Constituição Provisória]: verificar se os dispositivos da [nova constituição] estão de acordo com os [princípios constitucionais].”⁶⁵ Portanto, para a Corte, a tarefa de avaliar a constitucionalidade da Constituição era condizente com as suas capacidades legais. Durante a análise, a Corte alertou que seu julgamento teria pouca deferência para com a Constituição, porque o texto não continha qualquer direito especial de correção ou de constitucionalidade:

Compilada como foi por negociação entre partes sem mandato, [a nova Constituição] não reivindicava uma legitimidade duradoura ou um status dissuasivo. A [Assembleia Constitucional], composta por representantes com o devido mandato, foi incumbida do oneroso dever de elaborar uma nova constituição para o país, sem restrições impostas pelas disposições da [Constituição Interina], com exceção das contidas nos [princípios constitucionais].⁶⁶

Em última análise, grande parte da nova Constituição sobreviveu ao controle da Corte. A Corte reconheceu que “elaborar uma constituição é uma tarefa difícil”⁶⁷ e, embora tenha declarado a inconstitucionalidade de algumas partes da Constituição, a Corte sugeriu um “foco na madeira, não nas árvores”, reconheceu o “feito monumental” da Assembleia Constituinte em escrever uma nova constituição, e insistiu que, “em geral e no que dizia respeito à grande maioria dos seus dispositivos”, a nova

⁶⁰ Idem, parágrafos 299-380.

⁶¹ Idem, parágrafos 471-481.

⁶² Albie Sachs, *The Creation of South Africa's Constitution*, 41 N.Y.L. SCH. L. REV. 669, 669 (1997).

⁶³ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 23/96, parágrafo 27.

⁶⁴ Idem, parágrafo 30.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Idem, parágrafo 29.

⁶⁷ Idem, parágrafo 31.

constituição era sólida.⁶⁸ A Corte, evidentemente, procurou minimizar os efeitos da sua atuação, mas o resultado do seu exercício de revisão judicial era inevitável: como o então juiz da Corte Albie Sachs escreveu, “esta Corte, da qual eu tenho orgulho de ser membro, declarou ser a Constituição da África do Sul inconstitucional.”⁶⁹

b. O Processo de Certificação

A teoria convencional sobre a elaboração de uma constituição poderia resistir a uma Corte declarando uma constituição inconstitucional. E provavelmente com um bom motivo, dado que uma constituição é geralmente o produto de processos deliberativos que, em diferentes maneiras, tanto direta quanto indiretamente, estimula o diálogo e a consulta a pessoas que serão governadas pelo texto.⁷⁰ Essa relação entre governados e governantes é hierárquica: os governados são os principais, e provisoriamente autorizam seus governantes a governar até que os governados afirmem seu direito democrático de substituí-los como governantes ou invoquem seu direito soberano de reescrever a constituição. É incompatível com a ideia de soberania popular, portanto, que uma corte declare uma constituição inconstitucional, dado que a constituição é produto da escolha soberana do povo que deliberou sobre o texto – por delegação ou diretamente. A análise é diferente, entretanto, quando o povo autoriza, direta ou indiretamente, o exercício desse poder extraordinário pela Corte.

Apesar das aparências, a declaração de inconstitucionalidade da Constituição sul-africana é mais consistente do que incompatível com a teoria convencional sobre a elaboração de uma constituição. É verdade que a decisão final da Corte Constitucional estava enraizada, como Gary Jacobsohn colocou, na delegação de um poder judicial “tão extraordinário quanto inédito: legitimar (ou não) um código ao qual um povo se submete para que sua vida seja regulada por uma estrutura constitucional”⁷¹. Esse foi um momento sem precedentes, pois nunca antes uma Corte teve o poder de certificar a constitucionalidade de uma nova constituição.⁷²

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Albie Sachs, *South Africa’s Unconstitutional Constitution: The Transition from Power to Lawful Power*, 41 ST. LOUIS U. L.J. 1249, 1257 (1997).

⁷⁰ Cf. Tom Ginsburg et al., *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, 5 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 201, 208 (2009).

⁷¹ Gary J. Jacobsohn, *Constitutional Identity* 118–19 (2010).

⁷² Ibid. Há, no entanto, um precedente parecido na Namíbia, cuja Constituição foi escrita com limitações impostas por princípios estabelecidos em uma resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Cf. Matthew Chaskalson & Dennis Davis, *Constitutionalism, the Rule of Law, and the First Certification Judgment: Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly in Re:*

Pode-se bem questionar, como fez Ran Hirschl em sua análise de revoluções constitucionais, por que os atores políticos não contestaram a ideia do processo de certificação, uma determinação pouco convencional da Constituição Provisória sul-africana.⁷³ No entanto, embora o papel da Corte possa ter sido pouco convencional, não era antidemocrático. A própria Constituição Provisória – escrita em 1993 e vigente de 1994 até a adoção da nova Constituição – autorizou o processo de Certificação e o papel extraordinário do Corte nesse processo:

O novo texto constitucional aprovado pela Assembleia Constituinte, ou qualquer outra disposição de lá advinda, não terá força de lei nem efeito, a menos que a Corte Constitucional certifique que todas as disposições de tal texto estão de acordo com os Princípios Constitucionais [acordados pela Assembleia Constituinte].

A decisão da Corte Constitucional [...] certificando que as disposições do novo texto constitucional cumprem com os Princípios Constitucionais é final e vinculante, e nenhum tribunal terá competência para questionar ou se pronunciar sobre a validade de tal texto ou qualquer disposição nele constante.⁷⁴

A Constituição Provisória listou trinta e quatro itens como “Princípios Constitucionais”, embora a maioria deles se aproximasse mais de regras do que de princípios propriamente ditos.⁷⁵ Um princípio, por exemplo, determinava que “emendas à Constituição deveriam ter procedimentos específicos que exigissem maiorias especiais.”⁷⁶ Outro, que “os procedimentos legislativos formais deveriam ser obedecidos pelos órgãos legislativos em todos os níveis de governo.”⁷⁷ O trigésimo terceiro, ainda, que “a Constituição determinaria que, a menos que o Parlamento fosse dissolvido em razão da aprovação de moção de desconfiança, nenhuma eleição nacional deveria ser realizada antes de 30 de Abril de 1999.”⁷⁸ Cada um foi escrito como regra ou como um conjunto de instruções para a Assembleia Constitucional encarregada de escrever a nova constituição. Escrevê-los como regras – regras destinadas a proteger princípios como a separação de poderes, independência do judiciário e não-discriminação – permitiu à Corte revisar o texto proposto a fim de que as expectativas da Constituição Provisória para a nova constituição fossem alcançadas.

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996(4) SA 744 (CC), 13 S. Afr. J. On HUM. Rts. 430, 430–31 (1997).

⁷³ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy* 186 (2004).

⁷⁴ Constituição Provisória da África do Sul, capítulo 5, §71 (2)-(3) (1994)

⁷⁵ *Idem*, Schedule Quatro.

⁷⁶ *Idem*, Schedule Quatro, art. XV.

⁷⁷ *Idem*, Schedule Quatro, art. X.

⁷⁸ *Idem*, Schedule Quatro, art. XXXIII.

A escolha de dar à Corte Constitucional o poder de julgar a constitucionalidade da nova Constituição foi o resultado de um compromisso oriundo de um acordo político. O Partido Nacional acreditava na necessidade de se garantir continuidade jurídica e proteção a minorias,⁷⁹ daí o seu endosso a um processo que atribuía à Corte a responsabilidade de garantir que a nova constituição estabeleceria a proteção aos direitos fundamentais, entre os quais os direitos de propriedade;⁸⁰ e o partido Congresso Nacional Africano defendia uma assembleia constitucional democrática, da qual se esperava a nova constituição, mesmo que restringida por princípios constitucionais pré-estabelecidos.⁸¹ O processo se desdobrou em dois estágios: num primeiro momento, a criação de uma Constituição Provisória, juntamente com eleições democráticas para formar um novo governo e uma nova legislatura que constituiria a assembleia constitucional; num segundo momento, a assembleia escreveria a constituição definitiva, cuja conformidade aos princípios constitucionais previstos na Constituição Provisória seria verificada pela Corte.⁸² O produto desse processo inovador ilustra a teoria *Insurance* do controle jurisdicional, proposta por Tom Ginsburg. Conferir à Corte o poder de revisar a nova constituição e de ser, portanto, um confiável intérprete do novo texto, ajudou a resolver o impasse entre os partidos de situação e de oposição. O papel da Corte serviu de garantia ao partido do governo, que estava em declínio, de que haveria um fórum imparcial onde seria possível discutir preocupações futuras com relação à declaração de direitos.⁸³

Esse processo em dois estágios é a chave para a legitimidade democrática da decisão da Corte que julgou a nova constituição inconstitucional. Foi o último ato do Parlamento pré-democrático que tornou lei a Constituição Provisória.⁸⁴ Mas essa constituição transitória – e sua concessão de poder à Corte – foi o resultado de um acordo negociado entre os principais partidos políticos,⁸⁵ um “pacto solene”, para citar a própria Constituição Interina.⁸⁶ Também os princípios constitucionais

⁷⁹ Heinz Klug, *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* 109 (2000).

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Idem*, p. 109-110.

⁸² Cf. Heinz Klug, *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis* 223 (2010).

⁸³ Cf. Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* 55-56 (2003).

⁸⁴ Ian Shapiro, *Democracy's Place* 184 (1996).

⁸⁵ Cf. Mark S. Kende, *Constitutional Rights in Two Worlds: South Africa And The United States* 32-35 (2009).

⁸⁶ Constituição Provisória da África do Sul, preâmbulo (1993).

foram estabelecidos por negociações entre os partidos, não determinados pelo parlamento pré-democrático.⁸⁷ A nova constituição foi escrita pelo primeiro parlamento democraticamente eleito, que desempenhava o papel de Assembleia Constituinte, e era esse o órgão obrigado a escrever a nova Constituição de acordo com os princípios inscritos na Constituição Provisória.⁸⁸ Quando a Corte finalmente se pronunciou sobre o projeto, estava ela agindo segundo instruções e com a autorização de partidos políticos, enquanto representantes do povo, aplicando os princípios estabelecidos por esses mesmos partidos políticos, que gozavam do apoio do seu eleitorado. A relação entre o poder da Corte e o povo é, portanto, mais próxima do que alguém poderia imaginar quando confrontado com a ideia de um tribunal declarando uma Constituição inconstitucional.

Posteriormente, nos termos da Constituição Provisória, a Assembleia Constituinte foi obrigada a revisar o rascunho da constituição para adaptá-la àquilo que a Corte determinou. A Assembleia reescreveu o texto e, novamente, enviou-o à Corte para sua certificação. Dessa vez, em dezembro de 1996, a Corte declarou a nova constituição constitucional,⁸⁹ e, pouco depois, o texto foi convertido em lei, encerrando o processo formal de elaboração da Constituição Sul-Africana.⁹⁰

IV - A Constituição Canadense e a Democracia Constitucional

Praticamente todas as constituições escritas do mundo contêm procedimentos formais que permitem emendas ao seu texto.⁹¹ Não é incomum que elas também imponham limites a emendas formais, proibindo a emenda de certas regras, mesmo quando poderosas supermaiorias desejam alterá-las.⁹² A Constituição francesa, por exemplo, proíbe que se altere o republicanismo e a integridade territorial⁹³; a Constituição brasileira tornou o federalismo inalterável⁹⁴; e a Lei Fundamental alemã, em famoso dispositivo, fez da dignidade humana um direito não-

⁸⁷ Cf. Christina Murray, *A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution*, 23 U. Ark. Little Rock L. Rev. 809, 813–14 (2001).

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, Case CCT 37/96 (4 Dec. 4, 1996).

⁹⁰ Para uma análise útil do rascunho da Constituição da República da África do Sul, Cf. Jeremy Sarkin, *The Drafting of South Africa's Final Constitution from a Human-Rights Perspective*, 47 AM. J. COMP. L. 67, 67–77 (1999).

⁹¹ Cf. Francesco Giovannoni, *Amendment Rules in Constitutions*, 115 PUB. CHOICE 37, 37 (2003).

⁹² Cf. Richard Albert, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, 49 WAKE FOREST L. REV. 913, 950–52 (2014).

⁹³ Constituição da França, título XVI, artigo 89 (1958).

⁹⁴ Constituição Federal, artigo 60 (1988).

emendável.⁹⁵ A proibição de emendas formais passou de característica comum a menos de vinte por cento das constituições do mundo entre 1789 e 1944, para aproximadamente um quarto das constituições de 1945 a 1988 e, nas constituições escritas a partir de 1989, está presente em mais da metade delas.⁹⁶

A Constituição do Canadá destoa da maioria por não estabelecer nenhum dispositivo formalmente não-emendável.⁹⁷ Ela, no entanto, estabeleceu uma forma incomum de impedir emendas, forma a que dei o nome de “não-emendabilidade construtiva”^{98, 99}.

a. Não-emendabilidade Construtiva

Uma constituição é construtivamente não-emendável onde a conjuntura política faz com que seja praticamente unimaginável a reunião das supermaiorias necessárias para aprovar uma proposta de emenda constitucional. A não-emendabilidade, portanto, não deriva de desenho constitucional, como nos descritos casos do Brasil, da França e da Alemanha, nem deriva de interpretação constitucional, como na Índia, onde a Suprema Corte interpretou ser a “estrutura básica” da Constituição inalterável, apesar de não haver dispositivo que proíba emendas no texto constitucional.¹⁰⁰ A não-emendabilidade construtiva é, em vez disso, produto da política constitucional que exige que os atores constitucionais ajam de modo heroico – isto é, impossível – para emendar a Constituição. Um exemplo é a Cláusula de Igualdade de Sufrágio na Constituição dos Estados Unidos, que garante que “nenhum estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado”.¹⁰¹ A Cláusula autoriza a mudança de representação de um estado no Senado apenas se esse estado consentir – mas nenhum estado consentiria com uma mudança que resultasse na diminuição direta ou relativa de seu poder no federalismo americano.¹⁰² A não-emendabilidade construtiva,

⁹⁵ Lei Fundamental da Alemanha, título VII, artigo 79(3) (1949).

⁹⁶ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, 20-21 (2017)

⁹⁷ Cf. Richard Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, 41 *QUEEN’S L.J.* 153, 182–203 (2015).

⁹⁸ (N.T.) No texto original, *Constructive Unamendability*.

⁹⁹ Richard Albert, *Constructive Unamendability in Canada and the United States*, 67 *SUP. CT. L. REV.* (2d) 181 (2014).

¹⁰⁰ Cf. Nota de rodapé n° 1.

¹⁰¹ Constituição dos Estados Unidos, artigo V.

¹⁰² Cf. Richard Albert, *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, 94 *B.U. L. REV.* 1029, 1042–45 (2014). Sanford Levinson sustenta, corretamente, que pode-se ler que a Cláusula de Igualdade de Sufrágio requer o consenso unânime de todos os estados, não apenas dos estados cuja

portanto, não é uma determinação legal, mas sim uma realidade política que impede a mudança formal na Constituição.

A Constituição do Canadá é, hoje, construtivamente não-emendável em todas as questões de relevância nacional que dizem respeito à relação federal-provincial. Essas são as que Peter Russell entende como tipos de mudanças que somente são alcançáveis por meio de uma “mega política constitucional”, termo que ele utiliza para se referir a grandes alterações formais que “tratem da natureza da comunidade política em que a constituição se baseia”, que tenham a “tendência de afetar o senso de identidade e a autoavaliação dos cidadãos”, e que se proponham a “chegar a um acordo sobre a identidade e os princípios fundamentais da estrutura política”.¹⁰³ Mesmo com essa definição, entretanto, é difícil identificar com precisão quais matérias emendáveis exigem a mobilização popular vinculada à mega política constitucional. Felizmente, a estrutura progressiva de emenda constitucional da Constituição canadense identifica muitos dos assuntos emendáveis que exigem que os atores constitucionais se envolvam em uma mega política constitucional. Essa estrutura é *progressiva* porque o texto cria diferentes procedimentos para emendar formalmente a Constituição, cada um expressamente designado para alterar certas categorias de regras ou princípios. Cada procedimento impõe um determinado limiar para a aprovação de emenda e cada um, em comparação com o grau de exigência dos demais, reflete a importância relativa do dispositivo emendável.¹⁰⁴

Existem cinco procedimentos formais de emenda no Canadá,¹⁰⁵ embora apenas dois digam respeito aos tipos de alteração que são impossíveis atualmente. Os três procedimentos de emenda que são facilmente utilizáveis são os procedimentos provincial unilateral, federal unilateral e regional multilateral. Sob o procedimento provincial unilateral, “a legislatura de cada província pode fazer leis que alterem a constituição da própria província”¹⁰⁶. O procedimento federal unilateral autoriza o Parlamento do Canadá a emendar formalmente a Constituição no que diz respeito “ao governo executivo do Canadá ou ao Senado e à Câmara dos

representação seria reduzida. Cf. Sanford Levinson, *The Political Implications of Amending Clauses*, 13 *Const. Comment.* 107, 122 n.32 (1996).

¹⁰³ Cf. Peter Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become A Sovereign People* 75 (1992).

¹⁰⁴ Cf. Richard Albert, *The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules*, 59 *MCGILL L.J.* 225, 247–48 (2013).

¹⁰⁵ *Procedure for Amending Constitution of Canada*, ss. 38– 49, Parte V do *Constitution Act*, 1982, sendo Schedule B para o *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11 (doravante “*Constitution Act*, 1982”).

¹⁰⁶ *Constitution Act*, 1982., Parte V, s. 45.

Comuns”¹⁰⁷. Este procedimento está disponível para um conjunto restrito de assuntos que envolvam a constituição interna do Parlamento, como, por exemplo, o privilégio parlamentar, o processo legislativo e o número de membros do Parlamento.¹⁰⁸ O procedimento regional multilateral aplica-se a alterações que afetem “uma ou mais províncias, mas não todas”, como, por exemplo, uma modificação da fronteira entre províncias ou uma emenda que regule o uso do inglês ou do francês dentro de uma província.¹⁰⁹ Sob este procedimento, são necessárias resoluções de aprovação tanto da Câmara dos Comuns quanto do Senado, bem como das legislaturas provinciais afetadas pela emenda.¹¹⁰

A história recente do Canadá provou que os outros dois procedimentos de emenda são praticamente inutilizáveis, tornando as questões atribuídas a cada um deles construtivamente não-emendáveis. O primeiro – o procedimento padrão multilateral – deve ser utilizado para alterar todas as partes da Constituição que não estejam previstas em outro procedimento.¹¹¹ Esse procedimento padrão requer a aprovação de ambas as casas do Parlamento e das assembleias provinciais de pelo menos sete das dez províncias do Canadá,¹¹² com a exigência de que a população total das províncias que ratificarem a proposta de emenda equivalha a pelo menos metade do total da população provincial.¹¹³ Embora seja o procedimento padrão para alterar a Constituição do Canadá, ele também é designado como o procedimento de emenda obrigatório de alguns itens específicos, incluindo a representação proporcional das províncias na Câmara dos Comuns, os poderes do Senado e a representação provincial, seleção e elegibilidade dos senadores, certas características da Suprema Corte do Canadá e a criação de novas províncias.¹¹⁴ O segundo procedimento de emenda que a história moderna provou inutilizável – o procedimento de unanimidade – requer a aprovação da Câmara dos Comuns, do Senado e de cada uma das assembleias provinciais.¹¹⁵ Os atores constitucionais devem utilizar este procedimento para emendas à estrutura e às instituições da Monarquia Constitucional do Canadá, ou seja, às funções da rainha, do

¹⁰⁷ Idem, s. 44.

¹⁰⁸ Ian Greene, *Constitutional Amendment in Canada and the United States*, in *Constitutional Politics in Canada and The United States* 249, 251 (Stephen L. Newman ed., 2004).

¹⁰⁹ Constitution Act, 1982., Parte V, s. 43.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Idem, s. 38(1)

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Idem, s. 42(1).

¹¹⁵ Idem, s. 41.

governador geral e do vice-governador; ao uso do inglês ou do francês que não estejam sujeitas ao procedimento regional multilateral; à composição da Suprema Corte do Canadá que não estejam sujeitas ao procedimento padrão multilateral; à proporção específica da representação provincial na Câmara dos Comuns em relação à representação provincial no Senado; e à estrutura das normas que regulam o processo de emenda.¹¹⁶

Ambos os procedimentos foram utilizados com sucesso, coletivamente, apenas uma vez desde que foram criados em 1982, e esse uso se deu em 1983,¹¹⁷ provavelmente em decorrência da força advinda da Patriação da Constituição no ano anterior. Desde então, o Canadá viveu dois fracassos monumentais ao tentar aprovar emendas à Constituição de grande escala, o primeiro em 1990, com o Acordo do Lago Meech, e o segundo em 1992, com o Acordo de Charlottetown.¹¹⁸

Esses dois pacotes de emenda propuseram grandes reformas nos assuntos mais importantes da relação federal-provincial. Seus fracassos sugerem que a Constituição do Canadá pode ser a constituição democrática mais difícil de se alterar em itens relevantes, mais difícil ainda que a Constituição dos Estados Unidos.¹¹⁹ Decisões recentes da Suprema Corte do Canadá complicaram ainda mais a emenda formal em relação à secessão,¹²⁰ ao Senado,¹²¹ e à própria Suprema Corte.¹²²

A não-emendabilidade construtiva da Constituição para grandes reformas é, na prática, embora não formalmente, o mesmo que a não-emendabilidade formal. O texto constitucional não proíbe a alteração de nenhum artigo – tudo é, ao menos em teoria, emendável por alguma das cinco regras de alteração formal. Quanto à realidade funcional, no entanto, penso que dois dos cinco procedimentos de alteração – os que servem de guardiões de grandes reformas constitucionais – são, atualmente, inutilizáveis. A consequência é que aqueles assuntos que são, em tese, formalmente emendáveis por um desses dois procedimentos podem, também, ser formalmente inalteráveis, uma vez que os atores

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Cf. Constitutional Amendment Proclamation, 1983, SI/84-102, (1984) Can. Gaz. II, 2984. Os procedimentos de emenda federal unilateral e regional multilateral foram usados apenas dez vezes. Cf. Peter W Hogg, Constitutional Law Of Canada, vol. 1, ch. 1 at 1–7 n. 32 (5th ed. 2007) (loose-leaf updated 2014, release 1).

¹¹⁸ Cf. Richard Albert, The Conventions of Constitutional Amendment in Canada, 53 Osgoode Hall L.J. 399, 405–09 (2016).

¹¹⁹ Richard Albert, The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada, 53 ALTA. L. REV. 85, 93 (2015).

¹²⁰ Cf. Reference re: Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217.

¹²¹ Cf. Reference re: Senate Reform, [2014] 1 S.C.R. 704.

¹²² Cf. Reference re: Supreme Court Act, ss. 5 and 6, [2014] 1 SCR 433.

constitucionais não podem esperar as supermaiorias necessárias para alterá-las, pelo menos não na conjuntura política atual.

b. Constituição e Reconstituição

A não-emendabilidade da Constituição é uma situação extremamente problemática para sistemas constitucionais democráticos. Por definição, a impossibilidade de emendar nega aos governados pela Constituição o poder de alterá-la. Mesmo nas situações em que as disposições inalteráveis almejam proteger determinados valores fundamentais dos caprichos do jogo político – por exemplo, todos os direitos civis e políticos, como na Constituição da Bósnia e Herzegovina¹²³ – há um custo maior para a democracia em negar ao povo o seu poder de emenda do que há para o princípio que poderia, de outra forma, ser violado. Esse é um *trade-off* difícil, se não impossível, de quantificar. Há, no entanto, uma hipótese de não-emendabilidade que deriva do entendimento de que o constitucionalismo está enraizado na democracia participativa¹²⁴.

Historicamente, a codificação das Constituições modernas e o poder de emendas constitucionais apoiavam-se na teoria da soberania popular, que prega ser o consenso do governado a fonte principal da legitimidade constitucional¹²⁵. Isso traz uma grande problemática para a constituição que não é, ou, pelo menos, pensa-se não ser, passível de emenda: se o povo não tem poderes para atualizar a constituição e colocar seus valores contemporâneos na Carta Magna, pode-se chamar esta constituição de constituição? Alguns podem ver a Constituição tanto como verbo quanto como substantivo. Ela é, obviamente, um documento – algo que delinea as estruturas de governo, define os poderes de instituições públicas e define direitos. Mas ela é também uma ação – um processo contínuo de autodeterminação e redefinição que convida a população regida pelo texto a moldar as regras que os vinculam e, igualmente, a reformular tais regras na medida em que o tempo, a experiência e a evolução de valores exijam tal reformulação. A ideia de uma constituição como ação deriva da teoria de Locke de que a legitimidade advém do consenso^{126*}, teoria essa que repousa nos atos de consentimento expresso e tácito pelos quais a população valida seu governo¹²⁷.

¹²³ Constituição da Bósnia e Herzegovina, art. X, § 2 (1995).

¹²⁴ Desenvolvi este caso em outros artigos. Cf. Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L.J. 663, 676– 77 (2010); Richard Albert, *Counterconstitutionalism*, 31 DALHOUSIE L.J. 1, 4– 5, 37 (2008).

¹²⁵ Lester Bernhardt Orfield, *The Amending of The Federal Constitution* 1 (1942).

¹²⁶ * (N.T.) No original, Lockean consent theory of legitimacy.

¹²⁷ Cf. John Locke, *Two Treatises On Government*, Book II, Ch. VIII, § 122 (Whitmore & Fenn, 1821)

Compreender a Constituição como uma ação contínua tem implicações na maneira como nós valoramos a importância relativa das diferentes formas de mudança constitucional¹²⁸. Emendas formais não são, evidentemente, as únicas formas pelas quais o povo pode expressar o seu consentimento em mudanças constitucionais. Esta forma de alteração constitucional, no entanto, baseia-se na previsibilidade, na transparência e na prestação de contas – três valores democráticos e participativos do Estado de Direito¹²⁹. Em contraste com a maioria das mudanças informais na Constituição – por exemplo, interpretação judicial, correção legislativa de jurisprudência, atos administrativos do Presidente da República, revogação e costume^{130 131} – emendas formais explicitam quando e como se dá a mudança constitucional, e, em regra, proporcionam alterações textuais amplamente aceitas, as quais o povo e os agentes políticos podem usar como referência para debate e ação¹³². Uma emenda informal, no entanto, pode acontecer sem conhecimento público, prejudicando, assim, a relação entre o povo e a sua constituição – tanto em sua forma codificada, quanto em sua forma não-codificada¹³³.

Na perspectiva da constituição como ação, uma constituição não-emendável é não apenas um paradoxo, mas também é inconstitucional. Negar o poder do povo de se constituir e de se reconstituir faz com que esse documento, que supostamente une e vincula os cidadãos, seja o contrário do que deveria ser uma constituição. Embora essa corrente não faça parte do mesmo grupo dos que clamam pela retirada das constituições das cortes¹³⁴, nem daquela em favor de uma forma fraca de controle jurisdicional¹³⁵ (ou de uma declaração de direitos parlamentar¹³⁶ que funcione¹³⁷ ou o modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*¹³⁸),

¹²⁸ Cf. Albert, *supra* note 4, at 38– 43.

¹²⁹ Cf. Richard Albert, *Constitutional Amendment by Stealth*, 60 MCGILL L.J. 673, 716 (2015).

¹³⁰ (N.T.) No original, judicial interpretation, statutory enactment, executive action, implication and convention.

¹³¹ Cf. Richard Albert, *Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V*, 94 B.U. L. REV. 1029, 1062– 71 (2014)

¹³² Cf. Nota de rodapé n° 123.

¹³³ Cf. Richard Albert, *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*, 62 AM. J. COMP. L. 641, 680– 84 (2014).

¹³⁴ Cf. generally Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (1999)

¹³⁵ Cf. generally Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (2008).

¹³⁶ (N.T.) No original, parliamentary bills of rights.

¹³⁷ Cf. Janet L. Hiebert & James B. Kelly, *Parliamentary Bills of Rights* (2015).

¹³⁸ Cf. Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* 21– 46 (2013).

ambas as abordagens de constitucionalismo almejam privilegiar formas populares de tomada de decisão.

É claro que a legitimidade não precisa estar enraizada na vontade popular; ela pode, entretanto, derivar de uma teoria menos processual e mais substantiva do constitucionalismo democrático, uma que favoreça uma leitura moral dos compromissos constitucionais sobre suas dimensões participativas¹³⁹. É aparente a tensão entre processo e conteúdo no caso de uma regra constitucional não-emendável: o texto privilegia o conteúdo das provisões da Constituição em detrimento da capacidade do povo de mudá-las, mesmo que o povo e uma supermaioria de atores constitucionais deseje abolir, reescrever ou redefinir o seu texto. Esta tensão existe da mesma forma em constituições como a do Canadá, que são construtivamente não-emendáveis, pois a consequência é a mesma: o texto é imutável.

Mas a diferença entre uma constituição que formalmente não pode ser emendada e outra que é construtivamente não-emendável é que a última repousa em fundações democráticas mais fortes¹⁴⁰. A causa da imutabilidade da Constituição do Canadá é o clima político, que impede a formação do consenso político necessário para fazer uma alteração. Como um estado federal que deve negociar as diferenças entre as múltiplas comunidades e identidades existentes, e até mesmo entre múltiplas nações,¹⁴¹ diz-se que o Canadá está “em uma encruzilhada” que impedirá a população como um todo de se constituir como uma nação, a menos que surja uma “certa consciência nacional” para unir indivíduos com diferentes identidades étnicas, linguísticas, regionais.¹⁴² Foram essas divisões que fizeram fracassar as tentativas dos Acordos de Meech e de Charlottetown de emendar a constituição.¹⁴³

É na desarmonia do constitucionalismo canadense que podemos localizar suas fundações democráticas. A dificuldade do acordo político é o que protege a Constituição. Não basta uma maioria simples, nem mesmo

¹³⁹ Cf. James Allan, *Thin Beats Fat Yet Again— Conceptions of Democracy*, 25 L. & PHIL. 533, 535 (2006); Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy*, 86 CAL. L. REV. 399, 401– 11 (1998).

¹⁴⁰ Embora eu não esteja convencido, pode-se argumentar que a não-emendabilidade formal de um dispositivo constitucional também se baseia em fundamentos democráticos. Cf. Yaniv Roznai, *Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures*, in *The Foundations And Traditions of Constitutional Amendment* (Richard Albert et al., 2017).

¹⁴¹ Cf. Jeremy Webber, *Reimagining Canada* 40– 74 (1994).

¹⁴² Cf. Michel Seymour, *Quebec and Canada at the Crossroads: A Nation Within a Nation*, 6 Nations & Nationalism 227, 237 (2000)

¹⁴³ Explorei essas falhas em outros textos. Cf. Not de rodapé n° 113.

uma supermaioria, para transformar os termos desse acordo federal¹⁴⁴. Mudanças baseadas em acordos políticos apenas são possíveis com a aprovação e a legitimação de uma configuração específica de consenso político que perpassa as muitas nações que constituem o Canadá. Grandes mudanças constitucionais exigem acordo não apenas entre os parlamentares em Ottawa, mas também entre um número considerável de legisladores nas assembleias provinciais espalhadas pelo país.

Além da dificuldade de orquestrar o acordo parlamentar e provincial necessário, há outros fatores que proporcionam a não-emendabilidade construtiva da Constituição canadense¹⁴⁵, como as regras de emenda que não estão presentes no texto constitucional. Algumas leis provinciais exigem que os legisladores consultem a população em um referendo provincial antes de ratificar uma proposta de emenda¹⁴⁶. Pode-se argumentar, igualmente, que os territórios do Canadá também devem ser consultados nessas alterações, ampliando as comunidades consideradas relevantes para a mudança constitucional¹⁴⁷. Os atores políticos, do mesmo modo, devem enfrentar novas expectativas de participação popular de segmentos da população que, antes excluídos, adquiriram importância para futuros processos de renovação constitucional¹⁴⁸. Nós poderíamos caracterizar esses fatores como restrições ao poder de emendas constitucionais porque, de fato, esse tem sido seu efeito prático. É possível afirmar em um sentido mais profundo, entretanto, que os fatores que tornam a Constituição do Canadá construtivamente não-emendável têm a salutar importância de proteger a Constituição de mudanças que não contemplem, ou ao menos escutem, todas as vozes no Canadá.

V. A Constituição Mexicana e a Legitimidade Constitucional

Na tradição mexicana, revolução e constituição são coisas distintas, mas inseparáveis, tanto por questão de moralidade política, quanto pelo desenho constitucional do país. O sucesso da Revolução Mexicana na década de 1910 deu um significado especial à Constituição de 1917. A promulgação da Constituição, por sua vez, acabou por validar a própria revolução. A Constituição procurou «institucionalizar»¹⁴⁹ a revolução. Seu texto reconhece aqueles que ajudaram na Revolução, conferindo a eles e

¹⁴⁴ (N.T.) No original, federal bargain.

¹⁴⁵ Cf. Richard Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, 41 *QUEEN'S L.J.* 153, 182–203 (2015).

¹⁴⁶ *Idem*, p. 177–78

¹⁴⁷ *Idem*, p. 176.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 178–79.

¹⁴⁹ Cf. Paul W. Kahn, *Comparative Constitutionalism in a New Key*, 101 *Mich. L. Rev.* 2677, 2677 (2003)

a “seus filhos, filhas e viúvas”, uma “preferência especial na aquisição de parcelas da terra” e “o direito aos descontos especificados por lei”¹⁵⁰. Nenhuma dessas características, entretanto, é a expressão mais forte das raízes revolucionárias da Constituição. Suas origens revolucionárias se refletem melhor na proibição constitucional de uma nova constituição.

a. Rebelião e Constituição

Como a maioria das Constituições¹⁵¹, a Constituição mexicana autoriza os atores políticos a realizar emendas constitucionais formais. Dois terços do Congresso Nacional devem concordar com a proposição de uma emenda, que se torna válida quando aprovada pela maioria das legislaturas estaduais¹⁵². As regras formais de emenda do México distinguem, de maneira interessante, adição constitucional de emenda constitucional: a primeira consiste na inclusão de um novo fragmento ao texto constitucional; a segunda, em alterações no texto existente¹⁵³. Essa é uma distinção incomum em desenhos constitucionais. A característica mais notável da Carta, porém, está no Título IX, intitulado “inviolabilidade da Constituição”, que podemos interpretar como um esforço para criar uma Constituição insubstituível. Esse fascinante dispositivo determina que

Esta Constituição não perderá sua força e vigor mesmo que sua observância seja interrompida por uma rebelião. Se, por qualquer perturbação pública, for estabelecido um governo cujos princípios sejam contrários aos sancionados nesta Constituição, tão logo o povo recupere sua liberdade, será reestabelecida a sua observância, e serão julgados, conforme o disposto na Constituição e nas leis editadas em virtude dela, os que houverem participado do governo oriundo da rebelião, bem como os que contribuírem com ela.¹⁵⁴

Esta declaração de inviolabilidade constitucional é anterior à Constituição de 1917: foi estabelecida, palavra por palavra, na Constituição mexicana de 1857¹⁵⁵. Uma disposição semelhante aparece em algumas outras constituições de países latino-americanos¹⁵⁶. Tais cláusulas de inviolabilidade constitucional, entretanto, são muito pouco

¹⁵⁰ Constituição do México, art. 12. (1917)

¹⁵¹ Cf. Bjørn Eric Rasch & Roger D. Congleton, Amendment Procedures and Constitutional Stability, in *Democratic Constitutional Design and Public Policy* 319, 325 (Roger D. Congleton & Birgitta Swedenborg eds., 2006).

¹⁵² Constituição do México, tit. VIII, art. 135 (1917)

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Idem*, Tit. IX, art. 136

¹⁵⁵ Constituição do México, tit. VIII, art. 128 (1857) (substituída).

¹⁵⁶ Por exemplo, Constituição de Honduras, tit. VII, ch. II, art. 375; Constituição do Paraguai, pt. II, tit. I, ch. I, art. 137; Constituição da Venezuela, tit. VII, ch. I, art. 333

prevalentes no mundo, sendo mais raras ainda que a formalização do direito à revolução¹⁵⁷.

Há pelo menos três elementos dignos de nota sobre a inviolabilidade da Constituição do México: a validade indefinida da Constituição, sua especial justificativa popular e sua resistência à rebelião. Primeiro, a Constituição se apresenta como indefinidamente válida, não perdendo sua “força” nem “vigor” mesmo que “um governo cujos princípios sejam contrários aos sancionados” na Carta tome o poder e redija uma nova constituição. Esse peculiar dispositivo sobre a “inviolabilidade” da Constituição sugere que uma nova constituição seria inválida porque só pode haver uma constituição, a de 1917. Isso suscita um segundo ponto: acredita-se que a Constituição esteja ancorada em uma justificação popular especial que explica, e talvez até exija, sua validade indefinida. A Constituição cria uma presunção contra uma nova constituição. Ela determina que uma nova constituição só poderia surgir onde a vontade popular fosse suprimida. Como seu texto declara, “assim que o povo recuperar sua liberdade”, a Constituição “será restabelecida”, pressupondo que o povo não poderia optar por ser regido por um texto que não a Constituição de 1917. Por fim, essa Constituição é resistente à rebelião: “mesmo que sua observância seja interrompida por uma rebelião” permanecerá em vigor e, uma vez restaurada a ordem, aqueles que participaram do governo emanado da rebelião, bem como os que cooperaram com tais pessoas, serão julgados nos termos da Constituição de 1917.

Estas são grandes ambições para um texto constitucional. Nesse contexto, não se pode deixar de pensar nas palavras de advertência de James Madison nos debates em torno da ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Para ele, uma Constituição codificada era apenas uma coleção de palavras, “barreiras de pergaminho” como ele as chamava, limites escritos em papel que nunca poderia suportar “o espírito invasor do poder”¹⁵⁸. Um Estado governado por um texto constitucional codificado não tem importância em uma democracia liberal sem uma cultura subjacente de constitucionalismo e respeito pelo Estado de Direito¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cf. Tom Ginsburg et al., *When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions*, 60 UCLA L. REV. 1184, 1217– 18 (2013) (gozam do direito a resistir).

¹⁵⁸ *The Federalist* No. 48, at 333 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed., 1961)

¹⁵⁹ Para a principal discussão deste paradox que se manifesta na África, Cf. H.W.O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* 65– 84 (Douglas Greenberg et al., eds., 1993).

Como Walter Murphy corretamente observou, “parece tolo pensar que as palavras podem restringir o poder”¹⁶⁰.

A declarada “inviolabilidade” da Constituição mexicana poderia ser uma mera barreira formal, ou poderia ter um significado mais profundo que de fato exercesse alguma restrição sobre aqueles que procurassem estabelecer um governo contrário à Constituição. Voltarei a esta questão mais adiante. Primeiro devemos responder à pergunta deixada em aberto no artigo que pretende tornar a Constituição mexicana inviolável: o que quer dizer uma rebelião?

Uma rebelião tem como alvo um governo visto como ilegítimo¹⁶¹. A rebelião pode ser bem-sucedida ou não, e é geralmente entendida como uma “luta violenta pelo poder, que ocorre dentro de um sistema político autônomo, em que a derrubada do regime se dá por meios que incluem a violência e na qual os participantes são, em grande parte, das massas”¹⁶². Como Roger Bowen explica em um trabalho sobre rebelião:

Rebelião significa muito mais do que simples violência ou “descontentamento camponês”; rebelião representa um questionamento talvez fatal da legitimidade da ordem estabelecida; isso significa que os rebeldes clamam que algo está errado com as condições como elas existem atualmente; isso significa (embora nem sempre) que os motivos tradicionais de obediência sobre os quais repousa o Estado estão sendo desafiados¹⁶³.

O México tem uma longa história de rebeliões que data do século XVIII¹⁶⁴, ocorrendo, em grande parte, nas suas regiões rurais¹⁶⁵. Diferentes tipos de movimentos sociais foram particularmente frequentes entre as décadas de 1810 e de 1850¹⁶⁶. Nesse contexto, podemos entender o propósito de constitucionalizar a proibição a uma constituição nascida de rebelião: a Constituição de 1857, que foi a primeira a estabelecer a provisão de inviolabilidade e inspirou o dispositivo no texto de 1917, “foi o produto de um geração de liberais comprometidos com a criação de

¹⁶⁰ Walter F. Murphy, *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World* 3,7 (Douglas Greenberg et al., eds., 1993).

¹⁶¹ Ted Robert Gurr, *Political Rebellion: Causes, Outcomes and Alternatives* 247 (2015).

¹⁶² D.E.H. Russell, *Rebellion, Revolution and Armed Force: A Comparative Study of Fifteen Countries with Special Emphasis on Cuba and South Africa* 62 (1974).

¹⁶³ Roger W. Bowen, *Rebellion and Democracy in Meiji Japan: A Study of Commoners in the Popular Rights Movement* 5 (1984).

¹⁶⁴ Cf., de Forma Genérica, Michael T. Ducey, *A Nation of Villages: Riot And Rebellion in The Mexican Huasteca, 1750– 1850* (2004) (discutindo a história de rebeliões no país).

¹⁶⁵ De forma genérica, Cf. *Riot, Rebellion, and Revolution: Rural Social Conflict in Mexico* (Friedrich Katz ed., 1988) (examinando rebeliões nas zonas rurais do México).

¹⁶⁶ Cf. Brian Hammet, *The Comonfort Presidency, 1855-1857*, 15 BULL. LATIN AM. RES. 81, 81– 82 (1996).

uma república moderna que impedisse o dilúvio de rebeliões e ditaduras que marcaram a história do país desde a Independência¹⁶⁷. Rebelião é, portanto, um problema histórico que os atores políticos mexicanos trataram no desenho constitucional para promover um constitucionalismo estável, independentemente de eles acreditarem ou não que o texto da constituição poderia de fato impedir os rebeldes de tentar derrubar o regime. Um texto constitucional evidentemente não pode impedir uma rebelião futura apenas tornando ineficaz uma constituição nascida da rebelião, como a Constituição tenta fazer aqui. No entanto, prever essa proibição de rebelião no texto constitucional é uma indicação do quão fortemente o Estado se oporia à rebelião e defenderia a Constituição existente.

Uma leitura possível da declaração de inviolabilidade da Constituição é que ela torna todas as novas constituições inconstitucionais. Nesse sentido, declarar a Constituição de 1917 inviolável – insistindo que qualquer nova constituição criada por rebelião seria ineficaz – nega a constitucionalidade de uma constituição que uma rebelião bem-sucedida poderia criar. O argumento contra a validade de uma nova constituição enfatizaria que a natureza de uma constituição federal, que estrutura toda autoridade legítima, permitiria uma única constituição federal eficaz em qualquer momento no tempo. Isso não impediria a articulação de grupos que arrogassem uma autoridade concorrente, como visto no período da Guerra Civil, quando tanto a Constituição dos Estados Unidos e quanto a Constituição dos Estados Confederados alegavam ter legitimidade.¹⁶⁸ A questão é que apenas uma constituição pode ser a verdadeira constituição de um país em qualquer período de tempo, e apenas o poder e a eficácia podem determinar qual prevalecerá. Essa visão suscita mais dois pontos. O primeiro, que a Constituição Mexicana de 1917 foi projetada para impedir a disputa entre constituições concorrentes, proclamando-se a verdadeira constituição. Assim, por conseguinte, a Constituição mexicana de 1917 estabelece que qualquer outra constituição que arrogue uma autoridade concorrente é inválida e deve ser tida como inconstitucional.

b. Revolução e Constituição

Mas talvez haja uma leitura melhor da declaração de inviolabilidade da Constituição. Nenhuma constituição pode controlar como o poder

¹⁶⁷ Gabriel L. Negretto & Jos'e Antonio Aguilar Rivera, *Rethinking the Legacy of the Liberal State in Latin America: The Cases of Argentina (1853– 1916) and Mexico (1857- 1910)*, 32 J. LATIN AM. STUD. 361, 373 (2000).

¹⁶⁸ Alison L. LaCroix, *Continuity in Secession: The Case of the Confederate Constitution*, in *Nullification And Secession in Modern Constitutional Thought* 274 (Sanford Levinson ed. 2016).

constituente exerce sua autoridade. Uma constituição também não pode impedir o poder constituinte de escrever uma nova constituição. Qualquer ato do poder constituinte reconhecido pelos atores políticos e pelo povo como um ato do poder constituinte é, por definição, válido; é o que autoriza a criação de uma ordem constitucional, o que a sustenta e também a legitima. Essa é a principal razão pela qual a Constituição dos Estados Unidos era inconstitucional, mas não ilegítima: o poder constituinte validou a violação dos artigos em uma expressão extraordinária de consentimento com a nova constituição. Não obstante o poder constituinte manifeste sua vontade, seja em uma constituição nova ou em uma revisada, nem a vontade expressa do poder constituinte nem a forma que sua expressão assume pode ser ilegítima, porque o válido exercício do poder constituinte é a fonte última de legitimidade para as escolhas que um povo faz.¹⁶⁹

A Constituição mexicana de 1917 poderia, portanto, negar a legitimidade de qualquer nova constituição que a substituísse, mas não poderia negar à nova constituição, na prática, sua própria legitimidade. Independentemente do que o texto constitucional autorize ou proíba, o povo pode, se assim desejar, exercitar seu poder constituinte para criar um “governo cujos princípios sejam contrários aos que foram sancionados [na Constituição de 1917]”. A escolha é deles, e, de fato, a Constituição de 1917 reconhece em seu texto que as pessoas podem exercer seu poder constituinte para reivindicar seu “direito inalienável” de criar livremente um novo governo:

A soberania nacional reside essencial e originalmente no povo. Todo poder público emana do povo e é instituído para o seu benefício. As pessoas têm, a todo o momento, o direito inalienável de alterar ou modificar a forma do seu governo¹⁷⁰.

Esta não é uma concessão de autoridade. É o reconhecimento de um fato sociológico, o de como o poder é exercido e de como ele legitima a lei. Podemos até considerar tal disposição redundante, uma vez que ela é um princípio fundamental que deve ser presumido como verdadeiro enquanto descritivo de realidade.

Vamos então assumir que a Constituição de 1917 não pretende negar a legitimidade de uma nova constituição. A declaração constitucional de inviolabilidade poderia significar uma de duas coisas. Primeiro, simplesmente o que diz seu texto: que qualquer rebelião que suspenda

¹⁶⁹ Em outra oportunidade, critiquei a teoria do poder constituinte como insuficientemente desenvolvida para explicar como as constituições realmente mudam. Cf. Richard Albert, *Constitutional Dismemberment*, 43 YALE J. INT’L L.

¹⁷⁰ Constituição do México, tit. II, cap. I, art. 39 (1917).

temporariamente a constituição e cujos líderes governem sob outra constituição, codificada ou não, será processada tão logo a ordem seja restaurada pelos que detinham o poder antes da rebelião. Segundo, poderia significar que qualquer nova constituição promulgada por rebeldes que afirmem falar em nome do povo, mas sem realmente ter apoio popular, será inválida até que o povo retome seu poder, seja para restaurar a antiga constituição, seja para escrever uma nova.

Qualquer uma dessas leituras alternativas parece consistente com a Constituição de 1917, que adverte aos possíveis rebeldes em outras partes do texto constitucional que:

Os que participarem do governo que emanou da rebelião contra o legítimo Governo da República ou os que colaborarem com ele, pegando em armas, ocupando cargos ou aceitando empregos nas facções que atacarem o Governo Constitucionalista, serão julgados pelas leis em vigor, a menos que recebam indulto deste Governo¹⁷¹

Esta disposição, evidentemente, não se aplicaria se a rebelião que criou uma nova constituição fosse aceita como um exercício do poder constituinte e reconhecida pelo povo como sua constituição. Mas então seria mais apropriado falar em revolução que em rebelião. A rebelião, como a entendemos, não leva a uma nova constituição. Quando isso acontece, reconhecemos retrospectivamente que a rebelião foi rotulada incorretamente ou que a rebelião se transformou em algo qualitativamente diferente, que preferimos chamar de revolução. Assim como a rebelião, uma revolução pode começar como uma violenta luta por mudanças no regime, e pode muito bem ser apoiada por uma mobilização em massa. A diferença está nos processos e nos resultados. A rebelião é destrutiva, enquanto a revolução é construtiva; o objetivo da primeira é derrubar, enquanto a última almeja formar um novo começo, apoiado por vontade popular discernível que é frequentemente, embora nem sempre, refletida em uma nova constituição¹⁷².

A lógica da declaração de inviolabilidade da Constituição de 1917 é que o direito de revolução não pode, por uma questão de direito positivo, ser estabelecido em um texto constitucional *a priori*, apenas pode ser estabelecido *a posteriori*, quando as pessoas reconhecerem que exerceram validamente seu direito¹⁷³. Essa interpretação aparece em um dos principais estudos sobre a Constituição mexicana, em que o autor explica, com base nessa proibição, que:

¹⁷¹ Idem, Art. 10.

¹⁷² Cf. Hannah Arendt, *On Revolution* 140 (1990).

¹⁷³ Cf. Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano* 66–74 (Mariana Velasco Rivera., 28th ed. 1994).

O direito à revolução não pode ser reconhecido positivamente, porque implica negar a lei. Uma constituição que reconheça um direito à sua própria violação não poderia ser, estritamente falando, uma constituição. Por esse motivo, a Constituição de 1917, que tem sua origem na negação da autoridade da Constituição de 1857, proibiu as revoluções do mesmo modo que a anterior.

O direito à revolução não pode ser positivamente estabelecido *a priori*, apenas *a posteriori*. A lei da revolução só se torna lei positiva quando é, explícita ou implicitamente, reconhecida pelo povo.¹⁷⁴

Por um lado, essa interpretação é inconsistente com a estrutura das constituições modernas, algumas das quais consolidam o direito à revolução¹⁷⁵ e outras que contemplam violações à constituição, por atores políticos, em período de emergência declarada¹⁷⁶. Por outro lado, esses modelos podem ser internamente incoerentes, apesar dos melhores esforços de quem os tenha criado. Aonde isso nos leva?

“Em um tempo de revolução”, escreveu Walter Bagehot, “existem apenas dois poderes, a espada e o povo”.¹⁷⁷ Os agentes do Estado empunham a espada para defender o regime enquanto o povo busca um novo começo para si e para o seu Estado. Em desafio ao regime, as pessoas exercem seu direito natural à revolução¹⁷⁸, seja ele autorizado ou proibido pelo texto constitucional. Nenhuma constituição pode, buscando pressionar ou coagir efetivamente o povo, autorizar ou proibir revoluções. Um texto constitucional poderia, é claro, reconhecer o direito de revolução, como algumas constituições atualmente fazem, mas o povo teria esse direito independente da existência do dispositivo. Um texto constitucional pode até ter a pretensão de proibir uma revolução, mas isso não vai, e nem poderia, impedir as pessoas de exercer seu direito. A própria natureza do direito à revolução é que ele não reconhece limites, constitucionais ou não, codificados ou não, sobre quando e como ele começa, nem sobre quais resultados pretende alcançar. A revolução é limitada apenas pela capacidade organizacional e pela força coletiva do movimento que a constrói.

Ao pretender proibir uma nova constituição resultante de *rebelião*, a Constituição mexicana não deve ser mal interpretada, como se proibisse uma constituição que nasça de uma *revolução*. A diferença é

¹⁷⁴ Idem, p. 74

¹⁷⁵ Ginsburg et al., Cf. Nota de rodapé n° 148.

¹⁷⁶ Cf., e.g., Constituição Federal do Brasil, Artigo 136; Constituição da Finlândia., Cap. 2, Seção 23 (1999); Constituição das Filipinas, Art. VII, Seção 18 (1987); Constituição de Portugal., Pt. I, Tit. I, Art. 191 (1976); Constituição de São Cristóvão e Névis, Cap. II, Seção 19 (1983).

¹⁷⁷ Walter Bagehot, *The English Constitution* 78 (Paul Smith ed., 2008).

¹⁷⁸ *The Declaration Of Independence* (U.S. 1776); John Locke, *Two Treatises Of Government*, Livro II, Cap. XVII (Whitmore & Fenn, 1821).

que a primeira, oriunda de uma rebelião, não tem a aprovação, a força ou o consentimento do povo, enquanto que a segunda, fruto de uma revolução, tem. Também não devemos entender a proibição de uma constituição nascida da rebelião como uma autorização para promover revoluções, porque o texto claramente não fala em revolução, nem em se, como ou quando as pessoas devem promover uma revolução. Não obstante, a declaração de inviolabilidade da Constituição traz em seu núcleo a questão da revolução. Devemos entender a proibição de uma nova constituição nascida de rebelião como o reconhecimento, por parte da Constituição, do direito de revolução do povo. No momento em que uma rebelião assume o controle do governo e estabelece uma nova e ilegítima ordem constitucional, a Constituição insta o povo a restaurá-la, valendo-se de todos os meios necessários – inclusive empunhando armas. A proibição, portanto, estabelece um plano de restauração: o povo deverá recuperar o poder, a Constituição deverá ser restaurada e os responsáveis por subverter a ordem serão responsabilizados pelos seus crimes, conforme as regras previstas Constituição. Essa interpretação da declaração de inviolabilidade da Constituição permite conciliar o texto de proibição com o direito natural à revolução, ao mesmo tempo em que insere a história da nação, que passou por revoluções e rebeliões, na interpretação da Constituição.

VI. Inconstitucionalidade e Democracia

Nossos estudos sobre os Estados Unidos, a África do Sul, o Canadá e o México revelam como uma constituição pode ser inconstitucional em diferentes sentidos. Cada constituição inconstitucional está enraizada, entretanto, em fundações democráticas de diferentes forças. O caso norte-americano reflete uma tradição revolucionária que legitima o considerado julgamento do povo. O caso mexicano também emerge de uma tradição revolucionária, mas uma orientada para a ameaça de rebelião, um acontecimento comum na história do país. A Constituição da África do Sul, por outro lado, não possui os mesmos elementos revolucionários clássicos, mas apresenta componentes revolucionários não-convencionais: a transição do *apartheid* para a democracia foi uma revolução democrática que se prolongou por um longo período de tempo e contou com a mobilização das massa, mas não teve a violência característica de revoluções paradigmáticas, como a americana, a francesa e a russa¹⁷⁹. O fato de o resultado final na África do Sul ter sido alcançado por uma negociação pacífica, sem se valer dos meios revolucionários

¹⁷⁹ Cf. Richard Albert, *Democratic Revolutions* (June 1, 2011) (dissertação não publicada da BCL, University of Oxford) (arquivo com o autor)

convencionais, não prejudica o seu caráter revolucionário. O caso do Canadá, por sua vez, emerge de uma tradição decididamente não-revolucionária e reflete uma ideia de inconstitucionalidade a partir de uma perspectiva diferente: uma constituição, a fim de ser uma constituição, deve ser suscetível a mudanças formais quando as circunstâncias assim exigirem. Cada uma dessas quatro tradições constitucionais sugere que uma constituição não precisa ser constitucional para ser legítima.

Há, por fim, três temas que valem a nossa atenção: perspectiva, participação e o povo. O primeiro diz respeito à perspectiva com a qual devemos avaliar a constitucionalidade de uma constituição. H.L.A. Hart distinguiu entre pontos de vista interno e externo, o primeiro realizado por atores políticos dentro do sistema jurídico e o segundo por pessoas de fora desse sistema¹⁸⁰. De uma perspectiva interna, a Constituição dos Estados Unidos e o projeto da Constituição da África do Sul eram formalmente inconstitucionais, a primeira na medida em que violava as regras de mudança prevista nos Artigos da Confederação, e a segunda por violar, na perspectiva da Corte, os princípios constitucionais que deveriam ser observados. Apesar de ser possível que os atores políticos vejam a Constituição canadense como inconstitucional, é a partir de uma perspectiva externa que concluímos que a Constituição canadense é inconstitucional, uma vez que, na prática, seus elementos fundamentais são formalmente inalteráveis. Já Constituição mexicana pode ser julgada inconstitucional tanto pela perspectiva interna quanto pela externa. Os líderes políticos que perdessem o poder arguiriam a inconstitucionalidade de uma nova constituição, enquanto que os opositores que chegassem ao poder defenderiam sua constitucionalidade – os primeiros, acreditando que qualquer nova constituição é inválida e ilegítima; os últimos, alegando que seu controle político efetivo é a fonte de legitimidade da nova constituição. De uma perspectiva externa, podemos interpretar uma nova Constituição mexicana tanto como sendo constitucional, quanto como sendo inconstitucional, a depender da percepção que tivermos dos novos governantes, isto é, se eles foram ou não capazes de formar um consenso popular novo, válido e estável.

O segundo tema importante é a participação. Em cada caso, o problema legal de inconstitucionalidade pode ser remediado pela validação popular. Vemos isso mais claramente no caso dos Estados Unidos. Formalmente inconstitucional, a nova Constituição se eximiu

¹⁸⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 89 (3d ed. 2012) (“É possível analisar as regras, tanto como mero observador que não se submete a elas, tanto quanto como membro do grupo que se submete e as utiliza como regras de conduta. Podemos chamar essas perspectivas de, respectivamente, ponto de vista externo e interno).

de qualquer mancha de ilegitimidade quando o povo a ratificou em convenções constitucionais extraordinárias. A participação popular também pode ocorrer *ex ante*, como no caso da África do Sul, em que as pessoas participaram, por intermédio dos seus representantes, da redação multipartidária da Constituição Provisória. A lista de princípios que a Corte Constitucional utilizou como parâmetro de avaliação gozava, portanto, da legitimidade popular oriunda do processo de elaboração da Constituição Provisória. O caso mexicano também destaca a participação popular: a inconstitucionalidade de uma nova constituição pode ser superada se o povo considerar que o novo governo tem legitimidade. Quanto mais próxima a causa de substituição da constituição for de uma revolução popular, menos provável será a hipótese de a nova constituição ser vista como inconstitucional, tanto do ponto de vista interno quanto do externo. No Canadá, são as barreiras à ratificação de emendas, não à participação em si, que tornam a Constituição construtivamente não-emendável. No entanto, ao erguer barreiras tão altas à ratificação, a Constituição acaba por exigir uma mobilização em massa e a coordenação da participação popular para mudar a Constituição.

Tanto a perspectiva quanto a participação direcionam nossa atenção para um terceiro tema: o povo. A resposta à indagação de como uma constituição pode ser inconstitucional e, ainda assim, ser fundada em princípios democráticos apenas pode ser dada com referência ao povo como a fonte última de legitimação. Embora o povo nem sempre seja claramente identificável, são as pessoas que, por sua aprovação direta ou indireta, podem validar uma constituição inconstitucional. Elas podem defender os princípios constitucionais em revolução, elas podem aprovar uma constituição diretamente por referendo, podem conceder seu consentimento por aquiescência e podem, também, delegar seu poder de escrever ou aprovar uma constituição a agentes encarregados de representar seus interesses. Sob essas formas de consentimento popular, o povo possui um extraordinário poder de absolvição que pode transformar uma constituição formalmente inconstitucional em uma constituição legítima, ancorada em valores democráticos.

A questão que motivou esta investigação discutia se uma emenda constitucional pode ser inconstitucional. A resposta para essa questão é, obviamente, sim, uma emenda constitucional pode ser inconstitucional. Saber, no entanto, se uma constituição inteira pode ser inconstitucional suscita, ao mesmo tempo, questões semelhantes e diferentes. As perguntas são semelhantes uma vez que nos convidam a nos libertar de pressupostos formalistas que consideram que respeitar o texto constitucional é suficiente para haver constitucionalidade. Elas são diferentes porque os riscos de se

aceitar a inconstitucionalidade de uma constituição inteira são maiores se comparado a uma única emenda inconstitucional. Ainda assim, as várias maneiras pelas quais uma constituição pode ser inconstitucional – por uma questão de forma ou substância, e da perspectiva de democracia participativa ou legitimidade popular – convidam-nos a considerar motivos alternativos pelos quais seria possível declarar uma emenda constitucional inconstitucional, além dos motivos que as Cortes Constitucionais normalmente invocam. À luz dos crescentes ataques ao constitucionalismo liberal em países como Colômbia, Equador, Granada, Honduras, Hungria, Japão, Trinidad e Tobago, Turquia, Venezuela, entre outros¹⁸¹, os atores constitucionais podem exigir um novo conjunto de razões para invalidar mudanças constitucionais, a fim de proteger os fundamentos da democracia constitucional. Compreender como uma constituição pode ser inconstitucional pode nos ajudar a encontrar “justificativas de engenharia reversa” para declarar uma emenda inconstitucional. Deixo para outro dia, no entanto, a tarefa de formular essas justificativas – e também de defendê-las – e repito, por enquanto, apenas que uma constituição pode, ao mesmo tempo, ser inconstitucional e, no entanto, democrática.

¹⁸¹ Cf. Richard Albert, *Amending Constitutional Amendment Rules*, 13 INT’L J. CONST. L. 655, 658–59 (2015).

COMO PROTEGER A PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR E A SEGURANÇA DE DADOS NA ERA DO 5G?¹

Mikołaj Barczentewicz² and Fred Roeder³

SUMÁRIO

Esta proposta de política pública analisa os atuais riscos relacionados à privacidade dos consumidores europeus, expõe como as normas atuais são insuficientes para proteger a privacidade dos consumidores na era de tecnologias 5G e examina soluções legais e políticas que minimizem a exposição dos consumidores a vazamentos de dados e a violações de privacidade.

O escopo desta análise

- Os principais interesses dos consumidores incluem não apenas preços baixos e a rápida adoção de novas tecnologias, mas também privacidade e proteção de dados.

- Ações governamentais e privadas que enfraqueçam a privacidade e a proteção de dados expõem os consumidores a risco de danos significativos (por exemplo: crime financeiro, roubo de identidade).

- Concentramo-nos no problema da vulnerabilidade de dispositivos e de softwares a interferências maliciosas (proteção de dados). Focamos nossa proposta em produtos e serviços de consumo, bem como em infraestrutura eletrônica.

¹ Tradução de Pedro Gonet Branco (Editor-chefe da RED|UnB. Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Visiting student na UC Berkeley).

² Mikołaj Barczentewicz é Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Surrey, Pesquisador Associado da Universidade de Oxford, e Privacy Fellow no Consumer Choice Center, onde atua principalmente com questões jurídicas e éticas associadas às novas tecnologias. Estudou Direito e Filosofia nas Universidades de Oxford e de Varsóvia. Antes de estudar em Oxford, era advogado especializado em direito Europeu e regulamentação no escritório de Varsóvia da DZP, e um especialista em Direito e Política na Fundação FOR (uma ONG polaca fundada pelo Professor Leszek Balcerowicz). Notoriamente, Mikołaj liderou uma campanha para aumentar o escopo da liberdade de informações na Polônia e, nessa campanha, processou com sucesso o Presidente da Polônia em um caso perante os mais altos tribunais polacos.

³ Fred Roeder é Economista de Saúde e Diretor Administrativo do Consumer Choice Center. Atua na área consultiva (para governos, ONGs e setor privado) sobre reformas econômicas em dezenas de países, com foco em mercados emergentes e países pós-comunistas. Além da saúde, suas áreas de pesquisa são transporte, telecomunicações e tecnologias digitais. É membro do conselho de diversas empresas de tecnologia na Europa e na América do Norte e em conselhos consultivos de empresas e organizações sem fins lucrativos.

Recomendações

- Os consumidores são mais bem servidos por políticas focadas em resultados e baseadas em evidências. Medidas extremas como proibições totais baseadas no país de origem devem ser tidas como último recurso.

- Recomendamos a atribuição de responsabilidade legal a operadores e revendedores de software e de dispositivos que exponham os consumidores a riscos de interferência maliciosa e ilegal. Outra possível medida é a responsabilização pessoal dos diretores das empresas.

- A responsabilização legal deve ter o apoio da certificação de segurança de software e de dispositivos (conforme proposto na Lei de Segurança Cibernética da União Europeia⁴). A abordagem proposta pela Comissão da União Europeia em sua nova recomendação sobre segurança de redes 5G é condizente com nossas recomendações.

- A promoção de rígidos protocolos de criptografia e de métodos seguros de autenticação devem ser parte significativa do esforço empreendido na proteção dos interesses do consumidor.

INTRODUÇÃO

Os consumidores estão expostos a novos e significativos riscos devidos à dependência de softwares e dispositivos conectados à Internet. Essa dependência deve crescer cada vez mais com a adoção de redes 5G e de dispositivos com sistema de conexão à Internet das Coisas

Novos casos de roubos de identidade, crimes financeiros e outras formas de ataques e interferência maliciosa são descobertos diariamente. Recentemente foi revelado um ataque de hackers ao servidor de atualização de software de um dos principais fabricantes de hardware do mundo, o que permitiu aos invasores instalar *backdoors* em milhares de computadores⁵. A situação se agravou com a divulgação de notícia na imprensa de que a fabricante demorou para reagir ao alerta de segurança, permitindo, assim, que os ataques continuassem. Por outro lado, há governos que almejam estabelecer métodos de acesso a dados pessoais que não dependam do consentimento dos usuários (por exemplo, colocando pressão sobre os fabricantes para que incluam *backdoors* em seus dispositivos), o que prejudica a segurança de produtos e serviços digitais.

Tais incidentes são evidência de que a proteção de dados do consumidor e, conseqüentemente, a própria privacidade do consumidor,

⁴ European Union's "Cybersecurity Act"

⁵ Kim Zetter, 'Hackers Hijacked ASUS Software Updates to Install Backdoors on Thousands of Computers' (Motherboard, 25 de março de 2019) <https://motherboard.vice.com/en_us/article/pan9wn/hackers-hijacked-asus-software-updates-to-install-backdoors-on-thousands-of-computers>

não estão sendo tratadas com a devida seriedade. Alguns fabricantes e desenvolvedores de software tendem a dar excessiva importância a características que os clientes percebem à primeira vista, como preços baixos, e se esquecem que os consumidores também têm interesse por privacidade e proteção de dados. Acreditamos na necessidade de uma resposta política inteligente que incentive os agentes do mercado a darem valor à proteção de dados dos usuários, mas que não promova distorções indevidas no mercado, nem limite o poder de escolha do consumidor.

Neste documento, concentramo-nos em soluções políticas que salvaguardem os interesses dos consumidores. Nossa preocupação maior não é com os limites que devem existir nas medidas de segurança pública adotadas pelos governos, mas ressaltamos que os métodos que minam a proteção de dados podem tornar-se ferramentas para qualquer ator suficientemente motivado e competente. Em outras palavras, os *backdoors* instalados por governos democráticos liberais podem ser usados por criminosos ou governos estrangeiros.

POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Apresentamos três possíveis políticas públicas que podem resolver o problema: responsabilidade legal, certificação e proibições baseadas no país de origem. Elas não são mutuamente exclusivas – em princípio, todas podem contribuir para uma política abrangente que proteja a privacidade do consumidor e a segurança dos seus dados. Todas elas possuem algum grau de desvantagem do ponto de vista do consumidor. Acreditamos, no entanto, que as **regras de responsabilidade** são as mais capazes de alcançar o melhor equilíbrio entre fornecer segurança aos consumidores e o custo de fazê-lo. Não estamos convencidos de que as proibições baseadas no país de origem devam ser implementadas no contexto atual.

É bem-vinda a nova Recomendação da Comissão Europeia sobre Segurança Cibernética de redes 5G, dado que a abordagem adotada é consistente com a nossa recomendação e estabelece o equilíbrio ideal entre os custos potenciais para os consumidores e os benefícios que os consumidores terão do aumento da segurança dos dados⁶.

Algumas das suposições que fizemos ao oferecer as recomendações:

- Não existe uma única solução para proteger a privacidade do consumidor e a segurança dos dados. Precisamos de uma combinação de soluções e essa combinação provavelmente mudará com o tempo.
- A competição saudável entre diferentes jurisdições e entre empresas privadas é o melhor mecanismo para a descoberta das ferramentas certas.

⁶ Commission Recommendation of 26 March 2019 on Cybersecurity of 5G Networks <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1832_en.htm?locale=en>.

Todos que trabalham em soluções para questões de cibersegurança, no entanto, devem dar maior importância aos interesses do consumidor.

- Não nos posicionamos sobre quais são as melhores soluções tecnológicas e, portanto, adotamos a neutralidade tecnológica.

- As normas atuais (por exemplo, o art. 32 da GDPR⁷) não fornecem clareza suficiente quanto ao padrão de segurança nas cadeias de suprimento exigido.

RESPONSABILIDADE

É recomendável que a lei influencie empresas privadas (como fabricantes e importadoras de dispositivos digitais, operadoras de telecomunicações) ao adotar de regras de responsabilidade para os que utilizam ou revendem software ou dispositivos com vulnerabilidades que tragam riscos para a privacidade do consumidor e para a segurança de dados. Isso deve pressionar os fornecedores não-europeus a adotarem o conceito de *security-by-design* e a se esforçarem para comprovar que o fizeram.

Em certa medida, tais regras de responsabilidade (e outros mecanismos de coerção) já existem, dado que a proteção de dados e de comunicações é prevista em lei no âmbito da União Europeia (por exemplo, Art. 32 GDPR e Art. 16 da Diretiva NIS⁸) e em âmbito nacional. Novas normas deverão ser criadas, no entanto, para que se possa responsabilizar legalmente as fabricantes e as importadoras de *hardware* que vendam produtos com falhas de segurança.

Também recomendamos a responsabilização pessoal de diretores de empresas que falhem em proteger os elementos aqui discutidos.

Independentemente da existência ou não de regras de responsabilidade geral, há manifesta necessidade de orientação oficial mais específica, ou mesmo de novas normas, sobre o padrão apropriado de segurança para software e hardware. Tanto as normas de segurança digital da União Europeia quanto as dos Estados-membros tendem a exigir apenas que as “medidas adequadas” sejam tomadas.

A Agência da União Europeia para Segurança de Redes e Informações (ENISA), por exemplo, em suas diretrizes para Pequenas e Médias Empresas, restringe-se a determinar que apenas aqueles que processam

⁷ Art. 32 of the General Data Protection Regulation <<https://gdpr.eu/article-32-security-of-processing/>>.

⁸ “Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.194.01.0001.01.ENG&toc=OJ :L:2016:194:TOC>

dados pessoais devem garantir que “software e hardware são obtidos por fornecedores confiáveis, seguindo procedimentos contratuais formais”⁹. Considerando a grande preocupação em relação aos ataques a cadeias de suprimentos (de que é exemplo o ataque ao servidor de atualização de software mencionado anteriormente) e até mesmo as falhas de segurança inseridas propositadamente pelos fabricantes, essa diretriz falha em fornecer uma base legal efetiva e adequada para os problemas postos.

Para resolver o problema da falta de clareza e eficácia das normas de proteção de dados (e, conseqüentemente, do padrão de responsabilidade), deve-se levar em conta o seguinte:

- Os padrões técnicos devem ser os mais tecnologicamente neutros possível. Especificamente, não se deve exigir a adoção de equipamentos específicos, pois isso poderá se tornar uma barreira à entrada de novas empresas no mercado e ao desenvolvimento tecnológico.
- Em vez disso, as regras devem focar em resultados e ser tão gerais quanto possível, na medida em que forneçam orientação suficiente para regular o tema.
- Os padrões devem ser de fácil identificação e adoção não apenas pelos maiores agentes do mercado, que podem facilmente dedicar recursos significativos ao cumprimento da norma.

Esses objetivos são difíceis de se alcançar por meio de normas gerais, como a GDPR. Uma possível solução complementar é a adoção de sistemas certificação.

CERTIFICAÇÃO DE SOFTWARE E DISPOSITIVOS

A responsabilidade por vulnerabilidades poderia ser excluída ou reduzida se o dispositivo ou serviço em questão fosse certificado como seguro. Alguns países da União Europeia operam sistemas de certificação de segurança, mas, conforme as razões apresentadas na proposta da Lei de Segurança Cibernética da União Europeia, a proteção é insuficiente¹⁰.

O sistema de certificação proposto na lei – dependendo de como for implementado – poderá contribuir significativamente para assegurar a proteção dos dados do consumidor. Espera-se, no entanto, que os padrões de certificação sejam adequados, dada a existência de perigos potenciais,

⁹ ENISA, “Guidelines for SMEs on the security of personal data processing” (December 2016), <<https://www.enisa.europa.eu/publications/guidelines-for-smes-on-the-security-of-personal-data-processing>>

¹⁰ “Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council on ENISA, the ‘EU Cybersecurity Agency’, and repealing Regulation (EU) 526/2013, and on Information and Communication Technology cybersecurity certification (“Cybersecurity Act”))” <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0477R\(02\)&qid=1553611735328&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0477R(02)&qid=1553611735328&from=EN)>.

como a exigência governamental de que fabricantes implementem *backdoors* em seus produtos.

Recomendamos que os sistemas de certificação a serem desenvolvidos conforme a Lei de Segurança Cibernética da União Europeia exijam as seguintes exigências nos produtos e serviços direcionados aos consumidores ou que lidem com dados de consumidores:

- Criptografia. Criptografia de ponta-a-ponta das comunicações e criptografia de dados em repouso aumentam significativamente o nível de proteção contra interferência maliciosa. Acreditamos que quanto menor a qualidade da criptografia adotada, maior deve ser a probabilidade de responsabilização (e maiores devem ser as penas) pelos problemas decorrentes de vulnerabilidades no sistema ou de violações de segurança.

- Autenticação. Os consumidores devem ter a opção de usar exclusivamente o método de autenticação mais seguro disponível para determinado produto ou serviço (isto é, sem a necessidade da utilização forçada de métodos menos seguros, como SMS). Para serviços on-line, isso significa aceitar o padrão W3C WebAuthn (permitindo *login* a partir de dispositivos físicos, como o YubiKey, da Yubico, ou o Titan, da Google).

PROIBIÇÕES BASEADAS NO PAÍS DE ORIGEM

Há razões para se acreditar que alguns governos exigem, legal ou informalmente, que empresas privadas incluam certas vulnerabilidades em seus *softwares* e dispositivos para que elas possam ser exploradas por agentes do Estado ou com a cooperação do fabricante. Isso tem sido usado como justificativa para que se proíba a venda por atacado de produtos e serviços com base no país de origem deles. **Tais proibições dificilmente são do interesse do consumidor.**

A proibição de venda por atacado supostamente motivada por questões de segurança produz os mesmos efeitos que uma restrição ao comércio no contexto de guerra comercial. A primeira vítima de qualquer conflito comercial são os consumidores do país que impõem barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio. A menos que não haja outra solução viável e que haja manifesta evidência de risco de segurança, essa solução não deve ser adotada.

Os consumidores são melhor atendidos por políticas focadas em resultados e baseadas em evidências. Instrumentos extremos, como a proibição total baseada no país de origem, devem ser vistos como último recurso.

DEBATES NECESSÁRIOS À EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Gilmar Ferreira Mendes¹

1. Introdução

A colaboração premiada tornou-se, nos últimos anos, importante mecanismo para a descoberta de ilícitos, bem como para a recuperação de ativos financeiros relacionados a estes. A Operação Lava-Jato é claro exemplo do potencial de tal instituto para garantir a punição de pessoas envolvidas em crimes graves, notadamente a corrupção, a lavagem de dinheiro, entre outros.

Entretanto, é igualmente verdade que tal Operação levou a práticas que extrapolaram os limites da Lei de Organizações Criminosas. Diversos são os casos de concessão de benefícios não previstos em lei, como a definição da pena a ser cumprida e o estabelecimento de regimes prisionais inexistentes. Além disso, os reiterados vazamentos - com a exposição à opinião pública de delatados em casos nos quais até mesmo os relatos se mostraram inverídicos ou exagerados - demonstraram a evidente existência de um conflito entre o interesse do delator em obter benefícios e os riscos de vulneração à honra e aos direitos fundamentais dos demais envolvidos. Em meio a essa tensão, junta-se, é claro, o interesse público na devida apuração dos ilícitos.

O presente artigo, nesse complexo quadro, busca analisar a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a colaboração premiada e delinear reflexões sobre alguns pontos em que novas reflexões merecem ser realizadas. Nesse sentido, a primeira parte aborda o desenvolvimento inicial na Corte de uma visão civilista de tal instituto, em que se conferiu grande liberdade às partes e se impossibilitou o controle por terceiros. Diante da maior clareza quanto às consequências e os riscos presentes na colaboração, a segunda parte faz uma reflexão sobre pontos nos quais o Tribunal merece realizar novas discussões, notadamente: a possibilidade

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1978), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987), mestrado em Direito - Universidade de Münster (1989) e doutorado em Direito - Universidade de Münster (1990).

de impugnação dos acordos de colaboração premiada e a discussão sobre os efeitos da nulidade desses;

2. A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessidade de sua reanálise

Definido como negócio jurídico processual, o acordo de colaboração premiada é celebrado entre acusador público (ou delegado de polícia) e o imputado, com a assistência de seu defensor técnico. Sem dúvidas, tal panorama rememora um contrato bilateral, que envolve interesses dos sujeitos envolvidos.

Assim, partindo da premissa de que “*o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica*”, o Plenário do STF destacou a impossibilidade de questionamento de terceiros, nos seguintes termos:

“(…) a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração”²

Tal visão civilista implicou em uma série de decisões nas quais se reforçou este caráter negocial, referendando, de forma aparente, uma possível discricionariedade das partes na definição e negociação das cláusulas contratuais. Tudo isso, sem qualquer possibilidade de questionamento por terceiros e, portanto, sem o devido controle por parte das instâncias revisoras.

À época, as consequências da definição desse entendimento sobre os acordos não estavam claras. Embora devidamente embasado, o precedente passou a ser questionado em razão do surgimento de novas situações fáticas, nas quais o caráter hermético até então forjado passou a conflitar com garantias penais de grande relevância aos cidadãos e ao Estado de Direito.

Nesse sentido, vale citar o precedente assentado pela Segunda Turma do STF no HC 151.605.³ Na oportunidade, discutia-se a instauração de inquérito que teria se originado de acordo de colaboração premiada

² STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 40

³ STF, HC 151.605/PR, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2018

homologado em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Por maioria, embora se tenha mantido a posição majoritária sobre a impugnabilidade do acordo por terceiros, reconheceu-se a importância do controle judicial. Assim, excepcionou-se tal visão restritiva para permitir a impugnação quanto à competência para homologação do acordo, já que isso diz respeito às disposições constitucionais relativas à prerrogativa de foro, bem como entendeu-se pela ineficácia probatória dos atos de colaboração premiada.

O caso demonstra como a lógica civilista até então assentada deve ser lida com cautela na esfera penal. O precedente, ao qual poderiam ser somados outros, revela a necessidade de se aprofundar o debate sobre a colaboração premiada em diversos aspectos, em especial quanto à blindagem dos acordos ao escrutínio judicial.

3. Debates necessários à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.1 Possibilidade de anulação do acordo

O primeiro ponto fundamental a ser discutido sobre a jurisprudência acerca da colaboração premiada relaciona-se aos limites a tal liberdade de negociação e à necessidade de se garantir o devido respeito ao princípio da legalidade. O estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção de nosso sistema jurídico, para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida e a liberdade dos imputados.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se reconheceu a impossibilidade de homologação de cláusulas sem embasamento legal.⁴ A decisão, proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, realizou um cotejo entre as previsões da lei e o acordo, concluindo-se pela ilegalidade de várias das disposições:

“Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação - convém sempre relembrar - configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e

⁴ STF, PET 7.265, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão de 14.11.2017)

Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno”.

Por outro lado, embora com os devidos cuidados, especialmente quanto à segurança jurídica e à proteção às legítimas expectativas do delator, os acordos já homologados também devem ser passíveis de apreciação pelo Magistrado sob a ótica da legalidade, pois tais previsões caracterizam limitação ao poder negocial no processo penal. Portanto, em caso de ilegalidade manifesta em acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário também deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais.

Vale destacar que tal possibilidade, inclusive, encontra-se referendada pelo julgamento pelo Pleno do STF da QO na PET 7.074, na qual se definiu que

“o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil”⁵

Nos termos do citado parágrafo, “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei” (art. 966, §4º, CPC)

A possibilidade de reconhecimento da nulidade dos acordos decorre, ademais, por ser considerado um meio de obtenção de provas, conforme reconhecido na Lei 12.850/2013 e consignado em diversos precedentes. Trata-se, portanto, de instituto de natureza semelhante à interceptação telefônica e deve, portanto, submeter-se à mesma sistemática de nulidade prevista na legislação processual penal.

Inúmeros são os casos de ilegalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em atos relacionados a interceptações telefônicas. Igualmente, não há motivo para afastar tal possibilidade quanto a ilegalidades que permeiam acordos de colaboração premiada.⁶

Nesse ponto, outra importante reflexão a ser realizada pelo Supremo diz respeito aos efeitos de tal anulação. Quanto às provas, o reconhecimento da ilegalidade do acordo de colaboração premiada efetivamente pode levar à nulidade dos atos probatórios, pois, nos termos da Constituição,

⁵ STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017

⁶ Na doutrina, expõe-se tal incongruência citando-se também o exemplo das buscas e apreensões, também classificadas como formas de obtenção de prova. (CRUZ, Flávio A. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, v. 1, n. 2, dez. 2016. p. 206)

os elementos colhidos por meios ilícitos não são tolerados no processo penal.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim destacam que *“a invalidação das decisões homologatórias e, se for o caso, do seu conteúdo, significará a extinção do(s) ato(s) impugnado(s) do mundo jurídico e dos efeitos jurídicos que tenham sido dele(s) decorrente(s).”*⁷

Já em relação aos benefícios, são necessárias algumas ponderações quanto à conduta das partes e às relações de confiança e previsibilidade decorrentes. Isso porque, a depender da postura do colaborador, mostra-se inequívoca a necessidade de se avaliar a possibilidade de manutenção de seus benefícios, especialmente quando a nulidade decorrer de postura abusiva por parte do órgão de acusação.

Por um lado, toda a lógica negocial que tem sido progressivamente inserida no processo penal brasileiro, em uma influência global inquestionável, parte de premissas em que a previsibilidade é fundamental para o sistema.⁸ Nesse sentido, o precedente do Plenário do STF definiu que *“caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial”*⁹.

Assim, em um caso de evidente violação dos ditames legais por parte das autoridades, não parece razoável prejudicar o delator que havia atuado de boa-fé durante toda a negociação e efetivamente cumprido com suas obrigações. É necessário, nesses casos, respeitar as legítimas expectativas criadas pela parte.

Ademais, o STF já assentou que os benefícios ao delator podem ser concedidos pelo julgador ainda que sem prévia formalização de acordo

⁷ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, mai./ago. 2016. p. 177. No mesmo sentido, entende Ada Pellegrini Grinover, ao analisar em parecer um caso de delação premiada anterior à Lei 12.850/2013: *“(…) a infringência das regras constitucionais do devido processo penal, por inobservância do procedimento probatório para a realização do ‘depoimento do delator’ (rectius: interrogatório), seja quanto ao momento procedimental, seja à publicidade dos atos processuais, e, por fim, à impossibilidade de exercício do contraditório pelos delatados, caracteriza, sem dúvida, a ilicitude da prova resultante”*. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo**. III Série. Brasília: Gazeta, 2013. p. 234)

⁸ Corroborando com a necessidade de segurança jurídica, Frederico Valdez Pereira destaca a impossibilidade de análise discricionária por parte do Juiz ou do Ministério Público quanto à concessão ou não do benefício: *“(…) uma vez reconhecido em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo haver aí discricionariedade ao Ministério Público ou ao magistrado”*. (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 3. ed. Juruá, 2016. p. 146)

⁹ STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 63

com a acusação, de modo que, embora reconhecida a nulidade do acordo, mostra-se possível ao magistrado apreciar a postura o réu e o aporte à investigação por ele promovido.

Trata-se da possibilidade de “colaboração premiada unilateral”, nos termos definidos pela doutrina.¹⁰ Sobre a questão, no voto do eminente Min. Dias Toffoli, relator do precedente HC 127.483, o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/1996 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986 e no art. 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente.¹¹ Tal decisão foi defendida em outras oportunidades no Supremo Tribunal Federal, como no Inq. 3.204 e no RE-AgR 1.103.435.¹²

3.1 Possibilidade de questionamento por terceiros delatados

Embora, como afirmado acima, os acordos de colaboração premiada contenham uma evidente perspectiva negocial, a vedação a questionamento de terceiros mostra-se como outro ponto sobre o qual o Supremo Tribunal Federal deve se debruçar.

Isso porque, ao mesmo tempo, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, de investigação, em que o Estado se compromete a conceder benefícios a imputado por um fato criminoso, com o objetivo de incentivar sua cooperação à persecução penal.

Conquanto o acordo de colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, possa apresentar distintos objetivos, em regra a sua principal função probatória é instruir o processo penal, visando à melhor persecução penal de coimputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente a um acusado, com o objetivo de obter provas para punir outros imputados.

Resta evidente, portanto, que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados. E, mais do que isso, ele toca intimamente em interesses coletivos da sociedade, tendo em vista que possibilita a concessão de benefícios penais pelo Estado.

¹⁰ SANTOS, Marcos Paulo. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. p. 157

¹¹ STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015

¹² STF, Inq. 3.204, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.6.2015; STF, RE-AgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019.

A despeito de a jurisprudência ter bem ressaltado que a homologação do acordo de colaboração premiada não assegura ou atesta a veracidade das declarações do delator, não se pode negar que o uso midiático de tais informações acarreta gravíssimos prejuízos à imagem de terceiros. Além disso, diversas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma questionável, autorizam a decretação de prisões preventivas ou o recebimento de denúncias com base em declarações obtidas em colaborações premiadas.

Ou seja, é evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos, conforme destaca J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

“na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada”.¹³

Sem dúvidas, a tese adotada pelo STF no sentido de não impugnabilidade do acordo por terceiros possuía, naquele momento, premissas pertinentes. Contudo, isso ocasionou uma quase total intangibilidade e incontrollabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornou-se os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis.

Vale destacar que os interesses da sociedade são claramente violados ao se homologarem acordos ilegais de colaboração premiada. Por meio de tais “negócios jurídicos”, o Estado se compromete a conceder benefícios, como a redução de pena ou até o perdão judicial, para incentivar réus a colaborarem com a persecução penal. Não se pode aceitar que o Estado “incentive” investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos.

Tal preocupação é também externada por Vinicius G. Vasconcellos:

“Trata-se de benefício oferecido para retirar o acusado de sua posição de resistência, inerente à estruturação formal do processo penal. Ainda que o acordo, em si considerado, não seja elemento de prova e que os corréus possam realizar o exame cruzado no momento do depoimento do delator, é legítima a irrisignação diante do oferecimento de benefícios em acordo, por qualquer

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 146

motivo, ilegal. Não se trata aqui de ato para incentivar a mentira e a ocultação de informações, mas de proteção a direitos fundamentais e à vedação de premiações ilícitas pelo Estado ao colaborador¹⁴

O fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova.

Afinal, na esteira do exposto anteriormente, o reconhecimento da ilegalidade dos acordos pode levar à decretação de nulidade dos elementos probatórios colhidos, como ocorre em outros meios de obtenção de prova, a exemplo da busca e apreensão e da interceptação telefônica. O interesse do delatado é, assim, evidente também sob tal aspecto.

Portanto, em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, pensa-se que o acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial.

4. Conclusão

Como qualquer novo instituto, os acordos de colaboração premiada geraram, ao lado de importantes ganhos à persecução penal, grande discussão na doutrina e na jurisprudência. As análises iniciais, como exposto nesta breve reflexão, mostraram-se importantes para definir os primeiros contornos de tal novidade, a qual vinha se desenvolvendo de forma acelerada e ao largo de um debate mais amplo dentro do Poder Judiciário e, em especial, do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assentadas as primeiras balizas sobre a colaboração premiada, é importante avançar a jurisprudência sobre o tema e garantir a sua abertura aos novos casos, que todos os dias apresentam nuances e situações novas sobre o tema. Sem embargo da importante contribuição realizada pelos primeiros entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o presente ensaio demonstra algumas perspectivas sobre as quais é necessário a ampliação do debate.

Em primeiro lugar, viu-se como a declaração de nulidade dos acordos deve ser entendida como uma possibilidade dentro da sistemática processual-penal aplicável à colaboração premiada. Como meio de obtenção de provas, inexistem motivos para afastá-la do devido escrutínio judicial e, portanto, da possibilidade de reconhecimento de eventuais

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. RT, 2018. p. 119

ilegalidades. Até mesmo pelos direitos fundamentais relacionados de forma inerente ao sistema penal, é necessário garantir o devido respeito às normas aplicáveis, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nos processos futuros, aprofundar o debate também sobre as consequências da declaração de nulidade, que, como visto, não são simples e merecem o devida reflexão pela Corte.

Em segundo lugar, foi constatada a plena possibilidade de terceiros questionarem os acordos de colaboração premiada firmados. A perspectiva civilista consagrada em alguns julgados, ao negar tal possibilidade ao delatado, acabou por subordinar os seus legítimos interesses e também os da própria sociedade aos dos signatários do acordo. De fato, para além dos aspectos formais, é evidente que o acordo, embora bilateral, causa efetivo dano – ou perigo de dano – aos corréus, bem como lida com o interesse público, o qual pode ser vulnerado por acordos ilegais. Mais grave, o entendimento então firmado blinda os termos firmados de qualquer tipo de questionamento e revisão pelas instâncias superiores, dificultando a própria evolução jurisprudencial sobre o tema.

Nesse sentido, as breves reflexões sobre a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal demonstram a necessidade de se reafirmar função do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais. Os pontos aqui abordados tratam de temas caros ao Estado de Direito e levantam o relevante debate sobre a importância de se garantir um sistema de persecução penal que se desenvolva dentro dos limites da Constituição e da legislação aplicável, que, no caso da colaboração premiada, devem guiar o magistrado ao devido balanceamento entre os direitos dos delatores e dos delatados e a proteção ao interesse da própria sociedade.

5. Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 146

CRUZ, Flávio A. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 1, n. 2, dez. 2016. p. 206

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, mai./ago. 2016. p. 177

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo**. III Série. Brasília: Gazeta, 2013. p. 234

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 3. ed. Juruá, 2016. p. 146

SANTOS, Marcos Paulo. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. p. 157

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. RT, 2018. p. 119

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE NO BRASIL: EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO.

Reynaldo Soares da Fonseca¹

*Palavras, palavras, se me desafia, aceito o combate.
(Carlos Drummond de Andrade)*

Extraí-se do pensamento do filósofo francês, Cristopher Eland, sobretudo em *Totalidade e Infinito*, um conceito de fraternidade próximo à não-indiferença universal para com o Outro. A partir desse, é possível construir uma concepção de direitos humanos fundamentado na relação política para com terceiro.

Em combate à ontologia filosófica, especialmente o projeto heideggeriano, “o tema da fraternidade, que descreve o quadro social da responsabilidade pluralista entre os indivíduos dentro de uma comunidade, deve ser pensado em termos deste Eu carnal de prazer que nunca é um substantivo estativo, mas sempre um tipo de processo ativo.”²

De igual forma, Eland interpreta em “*Totalidade e Infinito*” as possibilidades de fraternidade como linguagem profética e parentesco universal, em contraposição a uma perspectiva biológica da humanidade, especialmente a darwinista, e a atomização dos indivíduos em comunidade política. Isso porque a não se concebe a indiferença para com o outro, a partir do encontro face-a-face no bojo de uma ordem social da solidariedade e da responsabilidade universal.

Ao acolher a concepção de fraternidade presente na ética da alteridade de Levinas, ganha-se um ideal regulador dos espaços de construção democrática. Quando direcionada ao Direito e à democracia constitucional, essa proposta culmina em reflexão próxima à exposta por Maria Helena Faller:

Recolocar a fraternidade no espaço público, ao lado da igualdade e da liberdade e a partir disso, reler a democracia constitucional sob as lentes da ética da alteridade de Lévinas, impõe que se conceba a reunião e o debate popular a partir de um compromisso com os direitos dos outros (...) Tal exercício como elemento regulador da

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Federal do Maranhão. Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito Constitucional – FADISP. Mestre em Direito Público – PUC/SP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal – UNB. Especialista em Direito Constitucional – UFMA/UFSC

² ELAND, Christopher James. **O Conceito de Fraternidade em Totalidade e Infinito e suas Implicações para os Direitos Humanos**. 92 f. Dissertação (Direitos Humanos) – Centro de Artes e Comunicação, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016, p. 43.

reunião, da articulação, concebe as condições de possibilidade de construção de uma reivindicação autenticamente ética e coletiva, pois é resultado do exercício de deslocamento de seus interesses individuais, rumo aos interesses coletivos.

Trata-se de um exercício pessoal e coletivo, a partir do respeito a dignidade de todos e de cada um. Nesse sentido, aqueles que devem ceder suas posições e reivindicações encontram condições de fazê-lo (...) alguém encontrou na sua necessidade e assumiu a responsabilidade por ela.³

Com efeito, é preciso dar ênfase à alteridade como interligação entre a ética e a política em uma comunidade pluralista, como concebe Emmanuel Levinas.⁴

Nesse diapasão, a ética imbuída de alteridade transforma a concepção de política e direito possíveis, pois o respeito e a responsabilidade para com o Outro implicam em uma relativização da autonomia do ser e uma abertura para a sociabilidade. “A ética é vista, então, como a dimensão capaz de reestruturar as relações humanas a partir do respeito pela alteridade de cada membro da relação.”⁵ Ademais, “[a] política começa no instante em que a subjetividade humana plenamente alerta de sua responsabilidade pelo outro, pelo face a face, toma consciência da presença do Terceiro.”⁶

Com alicerce nessa politicidade conflituosa em perspectiva histórica, torna-se conveniente partir desse ideário para investigar viabilidade da proposta fraternal no contexto jurídico hodierno.

O reconhecimento do caráter jurídico da fraternidade demanda sua operacionalização na forma de direito humano fundamental presente nas ordens internacional e interna direcionado à pessoa. Assim, a fraternidade pode ser desdobrada no quadrante das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

O festejado Mestre Paulo Bonavides foi responsável, a partir de atualizações ao seu “Curso de Direito Constitucional” posteriormente ao advento da Constituição de 1988, por espalhar terminologia nas discussões constitucionalistas no Brasil, concebendo a institucionalização dos direitos

3 FALLER, Maria Helena F. Fonseca. A Concepção de Fraternidade em Emmanuel Lévinas: a ética da alteridade como fundamento da existência política. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Alga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **O Direito no Século XXI - o que a fraternidade tem a dizer – estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016, p. 110.**

4 LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: 70, 1980, passim.**

5 COSTA, José André da. Ética e política em Levinas: um estudo sobre alteridade, responsabilidade e justiça no contexto geopolítico contemporâneo. 206 f. Tese (Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, p. 4.

6 Ibid., loc. cit.

fundamentais por intermédio de três gerações sucessivas traduzíveis em processo cumulativo e qualitativo em prol de uma universalidade material e concreta. Com isso, tornou-se corrente nos manuais de direito constitucional e incorporado à gramática constitucionalista.

Todavia, é também certo que a inspiração a esse sistema geracional de direitos decorreu de reflexão do Diretor da Unesco, o francês Karel Vasak, colaborador de expoentes do direito internacional como René Cassin, ao refletir na década de 1970 sobre a luta de trinta anos relacionada à força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos aliada aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que advieram em 1966. Além da aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem ocorrida no ano de 1979 em Estrasburgo referida por Bonavides⁷, a tríplice divisão dos direitos fundamentais encontrara divulgação dois anos antes em revista da Unesco de circulação limitada.⁸ Depois disso, recebeu achegas críticas por parte da doutrina internacionalista em decorrência de imprecisão temporal e técnica da concepção do acolhimento e transformação de demandas individuais e coletivas em normas fundamentais.

De qualquer forma, no escólio de Bonavides, a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais reside na tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a primeira geração consiste em direitos de liberdade, versados como civis e políticos na prática da proteção dos direitos humanos. Logo, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”⁹ Na esteira de um Estado liberal, a função do Estado é não ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo quanto à disposição da vida ou do patrimônio.

Por sua vez, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Por fim, teríamos no atual quadrante histórico a terceira geração de direitos fundamentais centrada na noção de fraternidade ou de

⁷ VASAK, Karel. For the Third Generation of Human Rights: the rights of solidarity. Aula Inaugural da Décima Sessão de Estudo do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo, julho de 1979.

⁸ VASAK, Karel. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. The Unesco Courier, Paris, n. 10, 1997, p. 29-32.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

solidariedade. Seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Por possuírem titularidade dispersa, difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo ao figurino das gerações anteriores.

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciatória inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente diferentes esses grupos de direito.

A classificação, pois, ocorre não somente em virtude de os direitos não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados. Se assim não fosse, cada surgimento de determinado direito novo deveria estar acompanhado da formulação de nova geração dos direitos fundamentais, num movimento infinito e improdutivo cientificamente.¹⁰

Com o fenômeno político e econômico da globalização, boa parte da doutrina passa a formular por uma quarta e até uma quinta gerações de direitos fundamentais, sendo que aquela é vertida no direito à democracia, à informação e ao pluralismo, à luz de uma dimensão máxima de universalidade.¹¹

Na precisa objeção de Cançado Trindade já encontram-se as principais críticas à classificação geracional dos direitos, pois diz que “a fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra definitivamente desmistificada.”¹²

Nessa perspectiva, critica-se a mistificação dessas categorias jurídicas como obstáculo a sua efetivação, visto a imprecisão conceitual das gerações de direitos, do mesmo modo a eficácia vinculativa das diferentes gerações daria margem para a baixa efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, dependentes mais fortemente de provisões orçamentárias.

¹⁰ SCAFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013, p. 22-23.

¹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 571.

¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 390.

A sucessão histórica apontada a partir da tríade revolucionária seria igualmente imprecisa, basta ver o desenvolvimento do direito internacional do trabalho ou diversos outros organismos internacionais vocacionados à proteção internacional de direitos considerados de segunda geração. Por fim, a moderna dogmática dos direitos fundamentais propugna por uma visão unitária desse plexo de normas, evitando-se a atomização aludida pelo juiz da Corte Internacional de Justiça.

Seja como for, além da ubiquidade do conceito de gerações de direito nos manuais de direito constitucional, houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais. Por sua significatividade refere-se à ementa do MS 22.164, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que ao tratar de desapropriação-sanção com assento no art. 184 da Constituição em caso envolvendo imóvel situado no pantanal mato-grossense submetido à reforma agrária, localizou-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na terceira geração referente aos direitos de fraternidade ou solidariedade.

Portanto, o caminho mais produtivo parece ser o reconhecimento da importância das classificações dos direitos fundamentais em gerações como produto de seu tempo, mesmo que já superada pela robusta teorização dos direitos fundamentais na literatura pátria e estrangeira nos últimos tempos.

Nesse escopo mais limitado, depreende-se melhor a realidade constitucional brasileira, pois conforme Fachin e Machado Filho: “[é] curioso observar que, enquanto para os críticos da teoria das gerações dos direitos as sucessivas gerações representavam um enfraquecimento da normatividade dos direitos humanos, na historiografia constitucional dos primeiros anos da nova constituição passava-se o contrário.”¹³

No âmbito do Direito Comparado, a realidade não é diferente.

Em resumo, podemos recordar:

a) Primeira geração/dimensão: está atrelada aos direitos individuais que solidificam as liberdades individuais, impondo limites ou limitações ao poder de legislar do Estado. Influência do Direito Natural e dos iluministas.

b) Segunda geração/dimensão: os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes dos direitos da primeira geração e exigindo do Estado uma postura mais ativa (solidificação da igualdade).

¹³ FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito Comum da Humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 579.

c) **Terceira geração/dimensão:** são os direitos fundamentais direcionados ao destino da humanidade, relacionados à paz, ao meio ambiente e a sua proteção e conservação, ao desenvolvimento econômico e à defesa do consumidor (consolidação da fraternidade).

d) **Quarta geração/dimensão:** são os direitos relacionados à manipulação genética. Podemos citar, a título exemplificativo, as discussões sobre a biotecnologia e a bioengenharia, tratando de assuntos referentes à vida e à morte, a partir do pressuposto da ética.

e) **Quinta geração/dimensão:** representada pelos direitos oriundos da realidade virtual, demonstrando a crescente preocupação do sistema constitucional como propagação e desenvolvimento do Direito Eletrônico na atualidade. Envolve, assim, a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas por meio da internet, também conhecida como “Grande Rede – WWW”.

Nessa linha de raciocínio, nasce o chamado Constitucionalismo Fraternal, que incorpora a dimensão da fraternidade às franquias liberais e sociais de cada povo soberano; isto é, **a dimensão das ações estatais afirmativas** que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos).

Sobre o tema das ações afirmativas estatais, veja-se, inicialmente, o fundamento central utilizado pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, no plantão forense, para manter o sistema de cotas para ingresso especial na Universidade de Brasília - UNB:

**MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Julgamento: 31/07/2009

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade.

Alega-se ofensa aos artigos 1º, caput e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, caput; 205; 207, caput; e 208, inciso V, da Constituição de 1988.

[...]

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, Mas pouca coisa se encontra sobre

o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir.

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdad devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdad.

Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdad. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdad.

Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdad.

Pensar a igualdad segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdad, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdad só pode ser igualdad com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdad e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdad.

Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do status quo não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdad como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdad material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, nesse ponto, o que Alexy trata como o paradoxo da igualdad, no sentido de que toda igualdad de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda

desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001). Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais. Cortes constitucionais de diversos Estados têm sido chamadas a se pronunciar sobre a constitucionalidade de programas de ações afirmativas nas **últimas décadas. No entanto, é importante salientar que essa temática – que até certo ponto pode ser tida como universal – tem contornos específicos conforme as particularidades históricas e culturais de cada sociedade.**

O tema não pode deixar de ser abordado desde uma reflexão mais aprofundada sobre o conceito do que chamamos de “raça”. Nunca é demais esclarecer que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas, comprovou a inexistência de “raças” humanas.

Os estudos do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos: “somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes” (Cfr.: PENA, Sérgio D. J. Humanidade Sem Raças? Série 21, Publifolha, p. 11.).

[...]

Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade.

Com essas breves considerações sobre o tema, indefiro o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário.

[...]

Ministro GILMAR MENDES – Presidente (art. 13, VIII, RI-STF). Negritei.¹⁴

De plano, a perspectiva que informa a decisão monocrática em análise é a resignificação dos valores da liberdade e da igualdade no limiar do século XXI e no plano da dogmática constitucional, em conformidade a um direito fraterno. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade”. Evitam-se, portanto, fundamentalismos firmados em visões unilaterais e intolerantes do binômio igualdade-liberdade, em prol da tolerância nas sociedades multiculturais.

¹⁴ ADPF 186 MC/DF – Distrito Federal

Por outro lado, a posição inicial adotada revela o compromisso do então Ministro Presidente do STF à “teoria do pensamento de possibilidades” de Peter Häberle como modo alternativo de interpretação do Direito Constitucional, da lógica jurídica e da teoria da argumentação. Trata-se de pensar a partir e em novas perspectivas, de modo a questionar sobre a viabilidade de novas soluções jurídicas a uma mesma questão e consequentemente a prática de uma cultura da tolerância, contemplando a realidade e a necessidade do contexto social.¹⁵

Na verdade, essa constante abertura a novas possibilidades, proposta por Häberle, encontra-se na centralidade dos princípios jurídico-constitucionais mais relevantes, como a tríade liberdade-igualdade-fraternidade. Sendo assim, a harmonização pluralista da Constituição ao ideal democrático consiste em um compromisso atual e futuro com as possibilidades, isto é, uma proposta de soluções e de coexistências possíveis. Nas palavras de Gilmar Mendes, “os direitos fundamentais acabam por representar importante meio de alternativas e de opções, fazendo que, com eles, seja possível um pluralismo democrático. Liberdade é, assim, sinônimo de democracia.”¹⁶

Utilizou-se, portanto, do princípio da fraternidade como ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. “A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este o fascínio, o mistério, o milagre da vida”¹⁷

Com efeito, a questão das ações afirmativas, por exemplo, não pode ser resolvida apenas com base nos princípios da liberdade e da igualdade. Sem o toque da fraternidade não é possível ser compreendida e encaminhada.

Mais recentemente, o STF reafirmou a terceira geração de direitos fundamentais, proclamando a pessoa com deficiência no ensino inclusivo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro. In: Revista de Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, pp. 30-56, 2016, pp. 34-35.

¹⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷ BRITTO, CARLOS AYRES. O HUMANISMO COMO CATEGORIA FUNCIONAL. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2007, p.218.

30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.¹⁸

Em reforço ao tema, recorre-se ao escólio de Clara Cardoso Machado Jaborandy:

Defende-se, portanto, que a fraternidade é princípio fundamental introduzido de maneira expressa ou implícita no texto constitucional que atua como vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo.

Além disso, o princípio da fraternidade é fonte direta de direitos e deveres transindividuais na medida em que constitui fundamento

¹⁸ ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016

jurídico-normativo de tais direitos. Assim, direitos fundamentais transindividuais que não estejam expressamente enumerados na Constituição serão protegidos em razão da fraternidade (...) O conteúdo da fraternidade realiza-se quando cada um, desempenhando sua função social, reconhece a existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade.¹⁹

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já é também significativa quanto à inevitabilidade da fraternidade como categoria jurídica. A título de exemplo, vale a pena indicar dois precedentes emblemáticos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CADEIA PÚBLICA. SUPERLOTAÇÃO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O ESTADO A ADOTAR PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E APRESENTAR PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA REFORMAR OU CONSTRUIR NOVA UNIDADE PRISIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DE NECESSIDADE DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA (ARTS. 4º, 6º E 60 DA LEI 4.320/64). CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO CUJA MOLDURA FÁTICA EVIDENCIA OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS E AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL, CONTRA O QUAL NÃO SE PODE OPOR A RESERVA DO POSSÍVEL.

1. Na origem, a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso ajuizaram Ação Civil Pública visando obrigar o Estado a adotar providências administrativas e apresentar previsão orçamentária para reformar a cadeia pública de Mirassol D'Oeste ou construir nova unidade, entre outras medidas pleiteadas, em atenção à situação de risco a que estavam expostas as pessoas encarceradas no local. Destaca-se, entre as inúmeras irregularidades estruturais e sanitárias, a gravidade do fato de - conforme relatado - as visitas íntimas serem realizadas dentro das próprias celas e em grupos.

2. A moldura fática delineada pelo Tribunal de origem - e intangível no âmbito do Recurso Especial por óbice da Súmula 7/STJ - evidencia clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

3. Nessas circunstâncias - em que o exercício de pretensão discricionária de natureza administrativa acarreta, pelo não desenvolvimento e implementação de determinadas políticas públicas, seriíssima vulneração a direitos e garantias fundamentais

¹⁹ JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 71.

assegurados pela Constituição - a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de pôr em prática, concreta e eficazmente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da nossa Carta Republicana.

4. O entendimento trilhado pela Corte de origem não destoou dos precedentes do STF - RE 795749 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-095 Divulg 19-05-2014 Public 20-05-2014, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 - e do STJ, conforme AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/12/2013. Aplicação da Súmula 83/STJ.

5. Com efeito, na hipótese sub examine, está em jogo a garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, cuja tutela, como direito fundamental, possui assento direto no art. 5º, XLIX, da Constituição Republicana.

6. Contra a efetivação dessa garantia constitucional, o Estado de Mato Grosso alega o princípio da separação dos poderes e a impossibilidade de realizar a obra pública pretendida sem prévia e correspondente dotação orçamentária, sob pena de violação dos arts. 4º, 6º e 40 da Lei 4.320/1964.

7. A concretização dos direitos individuais fundamentais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue, nesses casos, como órgão controlador da atividade administrativa. Trata-se de inadmissível equívoco defender que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantir os direitos fundamentais, possa ser utilizado como óbice à realização desses mesmos direitos fundamentais.

8. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos.

9. In casu, o pedido formulado na Ação Civil Pública é para, exatamente, obrigar o Estado a “adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária e realizar ampla reforma física e estrutural no prédio que abriga a cadeia pública de Mirassol D’Oeste/MT, ou construir nova unidade, de modo a atender a todas as condições legais previstas na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), bem como a solucionar os problemas indicados pelas equipes de inspeção sanitária, Corpo de Bombeiros Militar e CREA na documentação que instrui os presentes autos, sob pena de cominação de multa”.

10. Como se vê, o pleito para a adoção de medida material de reforma ou construção não desconsiderou a necessidade de previsão orçamentária dessas obras, de modo que não há falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/64.

11. Recurso Especial não provido.²⁰

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-DSCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

2. A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afro-descendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.

3. As Universidades Públicas possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis.

4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, in casu, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afro-descendentes sequer foram ocupadas.

Recurso desprovido.²¹

Em suma, as decisões acima transcritas evidenciam que é possível a convivência do controle jurisdicional dos atos ou omissões administrativas com o princípio da reserva do possível e com o preceito do orçamento republicano e participativo, tendo como marco teórico o princípio constitucional da fraternidade.

Na seara penal, o desafio da fraternidade é ainda maior. As situações vivenciadas (gravidade dos crimes, rancor ou revolta da vítima, reação da comunidade, etc.) tornam mais distantes a vivência fraterna.

Efetivamente, o crime é uma das esferas mais difíceis de lidar numa perspectiva fraterna. A vítima e a sociedade devem ser protegidas pelo Estado, a fim de que possamos continuar a caminhada humana. As regras jurídicas, democraticamente aprovadas pelo Parlamento, devem ser aplicadas pelo Estado-Juiz. Mas o criminoso, seja quem for ele ou a

²⁰ REsp 1389952/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 07/11/2016.

²¹ RMS 26.089/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 12/05/2008.

gravidade do ato praticado, é membro também do tecido social e não pode ser afastado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, não é possível mais entender a pena apenas na visão retribucionista tradicional (reduzida), como se fosse um fim em si mesmo, como vingança, castigo, compensação ou reparação do mal provocado pelo crime. Na verdade, a pena tem uma justificação ética e um ideário ressocializante (reinserção, reintegração). E a estratégia de reinserção social acentua a necessidade de políticas públicas que combatam os fatores crimínógenos. É a busca da Justiça restaurativa.

Não se pode pensar, aliás, em restauração de laços, sem o estabelecimento do trabalho prisional como medida de ressocialização (CF/88, art. 6º e LEP, art. 41); de práticas educativas nos estabelecimentos prisionais (LEP, arts. 17 a 21); da compreensão da intervenção mínima do Direito Penal e do desenvolvimento efetivo de políticas públicas. Todos são eixos estruturantes de tal modelo de justiça penal.

Sobre o tema, vale a pena conferir, a título exemplificativo, dois precedentes do Supremo Tribunal Federal que, na área penal, reafirmam a fraternidade como categoria jurídica, sem qualquer reforço à impunidade, mas com o compromisso de um direito penal humanizado. A propósito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE (FUGA). DATA-BASE DE RECONTAGEM DO PRAZO PARA NOVO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Além de revelar o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena, o art. 1º da Lei de Execução Penal alberga um critério de interpretação das suas demais disposições. É falar: a Lei 7.210/84 institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Tanto é assim que o diploma normativo em causa assim dispõe: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (Art. 4º), fazendo, ainda, do Conselho da Comunidade um órgão da execução penal brasileira (art. 61).

2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva

da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna”.

3. O livramento condicional, para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, constitui a última etapa da execução penal, timbrada, esta, pela idéia-força da liberdade responsável do condenado, de modo a lhe permitir melhores condições de reinserção social.

4. O requisito temporal do livramento condicional é aferido a partir da quantidade de pena já efetivamente cumprida. Quantidade, essa, que não sofre nenhuma alteração com eventual prática de falta grave, pelo singelo mas robusto fundamento de que a ninguém é dado desconsiderar tempo de pena já cumprido. Pois o fato é que pena cumprida é pena extinta. É claro que, no caso de fuga (como é a situação destes autos), o lapso temporal em que o paciente esteve foragido não será computado como tempo de castigo cumprido. Óbvio! Todavia, a fuga não “zera” ou faz desaparecer a pena até então cumprida.

5. Ofende o princípio da legalidade a decisão que fixa a data da fuga do paciente como nova data-base para o cálculo do requisito temporal do livramento condicional. 6. Ordem concedida.²²

Com efeito, deve prevalecer a realidade sobre a ficção. A Lei de Execução Penal desenvolve a lógica da reinserção social. Logo, não é possível deixar de considerar, para fins de livramento condicional, a quantidade da pena efetivamente cumprida. Até mesmo a fuga não zera a pena até então cumprida.

Na mesma toada, a chamada insignificância penal afasta, em regra, a tipicidade e realiza a perspectiva de concreção do valor de justiça. A propósito:

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tema da insignificância penal diz respeito à chamada “legalidade penal”, expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime, e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do art. 5º da CF, literis: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É que a norma criminalizante (seja ela proibitiva, seja impositiva de condutas) opera, ela mesma, como instrumento

²² HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851. Negritei.

de calibração entre o poder persecutório-punitivo do Estado e a liberdade individual

2. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal.

3. Reiteradas vezes este Supremo Tribunal Federal debateu o tema da insignificância penal. Oportunidades em que me posicionei pelo reconhecimento da insignificância penal como expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe. **E escapam desse molde simplesmente formal, por exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional. Equivale a dizer: a justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc). Donde a compreensão de que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de**

vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva.

4. É nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de direito constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa.

(...).

7. O desafio do intérprete da norma é encontrar aqueles vetores que levem ao juízo da não-significância penal da conduta. Vetores que decolam de uma leitura pluridimensional da figura da adequação típica, principiando pelo ângulo do agente; quero dizer: da perspectiva do agente, a conduta penalmente insignificante deve revelar muito mais uma extrema carência material do que uma firme intenção e menos ainda toda uma crônica de vida delituosa. Pelo que o reconhecimento da irrelevância penal da ação ou omissão formalmente delituosa passa a depender de uma ambiência factual reveladora da extrema vulnerabilidade social do suposto autor do fato. Até porque, sendo o indivíduo uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique há de exibir o timbre da personalização. Logo, tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal (sobretudo os institutos da pena e da prisão), pois é a própria Constituição que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e as minhas circunstâncias”, como luminosamente enunciou Ortega Y Gasset).

8. Já do ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia. Espécie da mais consentida desreificação ou auto-apeamento de situação jurídico-subjetiva. Sem que estejamos a incluir nesse vetor aquelas situações atinentes aos bens de valoração apenas no psiquismo da vítima, porquanto de valor tão-somente sentimental (uma bijuteria que pertenceu a importante familiar falecido ou muito admirado, por exemplo).

9. Sob o prisma dos meios e modos de realização da conduta, não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros.

(...).

11. Por fim, e invertendo um pouco a visão até hoje prevalecente na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca do furto e demais crimes contra o patrimônio, o reconhecimento da atipicidade material da conduta há de levar em consideração o preço ou a expressão financeira do objeto do delito. Ou seja: o objeto material dos delitos patrimoniais é de ser conversível em pecúnia, e, nessa medida, apto a provocar efetivo desfalque ou redução do patrimônio da vítima. Reversamente há de propiciar algum enriquecimento do agente. Enriquecimento sem causa, lógico, apto à estimulação de recidiva e à formação do juízo malsão de que “o crime compensa”. É dizer, o objeto material do delito há de exibir algum conteúdo econômico, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente.

12. As presentes diretivas de aplicabilidade do princípio da insignificância penal não são mais que diretivas mesmas ou vetores de ponderabilidade. Logo, admitem acréscimos, supressões e adaptações ante o caso concreto, como se expõe até mesmo à exclusão, nesses mesmos casos empíricos (por exemplo nos crimes propriamente militares de posse de entorpecentes e nos delitos de falsificação da moeda nacional, exatamente como assentado pelo Plenário do STF no HC 103.684 e por esta Segunda Turma no HC 97.220, ambos de minha relatoria).

13. No caso, a **tentativa de subtração de protetores solares**, a todo tempo monitorada pelos seguranças do estabelecimento comercial de grande porte e pelo sistema de vigilância eletrônica, se amolda à ponderabilidade de todas as diretivas listadas. O que legitima ou autoriza a aplicação do princípio da insignificância, pena de se provocar a mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste, para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

14. Ordem concedida.²³

Aliás, no HC 97.256/RS, j. em 01/09/2010, o STF anuncia o advento de um sistema de direito penal humanista. No mesmo diapasão, reconhece que a democracia não sobrevive sem o mais depurado humanismo: HC 88.747 – AgR/ES, j. em 15/09/2009; HC106.029 – AgR/MS, j. em 15/02/2011; HC 110.946/RS, j. em 29/11/2011 e HC 110.030/ES, j. em 29.11.2011.

De igual forma, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, significativa já é, na esfera criminal, a jurisprudência sobre a fraternidade como categoria jurídica. Veja-se:

Prisão domiciliar - mulheres grávidas ou com filhos menores de até 12 anos:

²³ HC 111017, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 07/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012. Negritei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO MENOR DE 12 ANOS. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DAS CRIANÇAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, TRABALHO E RESIDÊNCIA FIXOS. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(.....)

3. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”.

4. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraterno prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. A prova documental juntada aos autos atesta que a paciente possui um filho de 8 anos de idade e não foram apresentadas justificativas idôneas para o indeferimento de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

6. Embora sejam graves as circunstâncias do delito, com apreensão de significativa quantidade de drogas (200g de maconha e 28,3g de cocaína), o que justifica, em princípio, a custódia cautelar, entendendo que, no contexto, deve prevalecer a situação de primariedade da paciente, sendo suficiente, por ora, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal, com o fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional de seu filho menor, que poderá desfrutar do convívio com a mãe.

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para

permitir a substituição da custódia preventiva da paciente pela prisão domiciliar.²⁴

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO PELA PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHOS DA PACIENTE COM 3 E 9 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(.....)

4. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). 5. O artigo 318 do Código de Processo Penal, que permite a prisão domiciliar da mulher mãe de filhos com até 12 anos incompletos, foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar (STF, HC n.134.734/SP, Relator Ministro Celso de Melo).

6. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a viabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar, a paciente comprova ser mãe de duas crianças com menos de 12 anos de idade, (um menino e uma menina, com 3 e 9 anos de idade, respectivamente), o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal.

Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ.

7. Ademais, não há indicativo de que a paciente esteja associada com organizações criminosas, sendo certo que o presente caso trata da apreensão de reduzida quantidade de drogas (11 porções de cocaína), circunstâncias que reforçam a possibilidade de atenuação da situação prisional da acusada.

²⁴ HC 389.348/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.²⁵

Aliás, posteriormente, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálissimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Em seguida, surgiu a Lei 13.769/2018, que, ao incluir no Código de Processo Penal os arts. 318-A e 318-B, buscou inserir no texto legal norma consentânea com o referido julgado do Excelso Pretório.

Sobre outros temas penais (remição de penas, visitas, etc), vale a pena conferir: RMS 56.152/SP, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018; HC 402.715/SP, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017; HC 390.721/RS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017; HC 401.349/RS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017; HC 388.133/SP, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; HC 367.546/TO, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017; HC 390.211/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017; HC 382.780/PR, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017; HC 358.080/DF, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017; HC 379.629/SP, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017; HC 379.603/MS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 08/02/2017; HC 357.541/SP, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017; HC 376.140/SP, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017; RHC 92.700/RS, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018; HC 445.037/SP, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018; HC 461.789/SC, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018; HC 454.256/SP, QUINTA TURMA, julgado

²⁵ HC 391.501/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017.

em 04/09/2018, DJe 13/09/2018; e HC 462.953/PR, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018.

Nessa trilha de raciocínio, o princípio da fraternidade ganhou também evidência recentemente na questão da migração, para os países europeus, de pessoas que fogem seja de cenários de guerra seja de condições de pobreza em seus países de origem²⁶. Pela primeira vez, o **Conselho Constitucional francês**, em julho/2018, recordando o lema da República Francesa (“Liberdade, Igualdade e Fraternidade”), declarou que a ajuda a imigrantes em condição ilegal no país não mais será considerada ilegal e punida com 5 (cinco) anos de prisão e multa de 30 (trinta) mil euros.

A decisão, considerada “uma grande vitória que proíbe castigar atos puramente humanitários”, foi proferida em processo no qual Cédric Herrou, agricultor que se tornou símbolo da ajuda a imigrantes na fronteira franco-italiana, juntamente com outro ativista haviam sido condenados pelo “delito de solidariedade”. Eles haviam prestado auxílio a imigrantes que estavam no Vale de La Roya, depois de ter atravessado a pé a fronteira entre a Itália e França.

Cédric Herrou acredita que sua conduta foi um “ato político com relação ao sofrimento de famílias inteiras frente a um Estado que impôs fronteiras, mas não assume em absoluto suas consequências”.

Na decisão, o Conselho Constitucional francês determinou, também, a modificação, até 1º/12/2018, de vários artigos da legislação francesa que punem a ajuda à circulação e permanência de estrangeiros em situação clandestina, dentre os quais o art. 622-1 do Código de Entrada e Residência de Estrangeiros e do Asilo, dispositivo legal proposto no Governo Sarkozy, segundo o qual:

Toda pessoa que tenha, por ajuda direta ou indireta, facilitado ou tentado facilitar a entrada, a circulação e a estada irregulares de um estrangeiro na França será punida com prisão por cinco anos e uma multa de 30.000 (trinta mil) euros.

Será punido com as mesmas penas aquele que, qualquer que seja sua nacionalidade, tenha cometido o delito definido na primeira alínea do presente artigo quando se encontrava em território de qualquer outro dos Estados parte da convenção assinada em Schengen em 19 de junho de 1.990, além da França.

Será punido com as mesmas penas aquele que facilite ou tente facilitar a entrada, a circulação ou a estada irregulares de um estrangeiro no território de outro Estado parte da convenção assinada em Schengen em 19 de junho de 1.990.

²⁶ A notícia foi dada, entre outros meios de comunicação, pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, em 06/07/2018. Disponível em <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,franca-proibe-julgamento-de-quem-ajudar-imigrantes-ilegais,70002392154>, acessado em 30/07/2018.

Será punido com as mesmas penas aquele que tenha facilitado ou tentado facilitar a entrada, a circulação ou a estada irregulares de um estrangeiro no território de um Estado parte no protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por terra, ar e mar, aditivo à convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada, assinado em Palermo em 12 de dezembro 2000.

As disposições da alínea precedente são aplicáveis na França a contar da data da publicação no Jornal Oficial da República Francesa deste protocolo.

Para além de proteger a estabilidade econômica de países da União Europeia que vem sofrendo dificuldades para acolher, fornecer acesso à saúde, trabalho, escolas e habitações dignas para o fluxo de imigrantes que vem assolando a Europa desde 2015, a lei penal protecionista, em casos como este, se insere também num contexto de Direito Penal de guerra em que o imigrante irregular é visto como inimigo, em condição similar ao membro do crime organizado ou ao terrorista²⁷.

O Conselho estabeleceu, então, que se pode ajudar os migrantes com “conselhos jurídicos, alimentos, alojamento e atenção médica, ou qualquer outra ajuda que busque preservar sua dignidade e integridade física”.

Trata-se de um avanço histórico e contemporâneo. A decisão foi tomada em um contexto de grande tensão na União Europeia. O Conselho Constitucional da França determinou que as pessoas que ajudarem imigrantes em condição ilegal no país não poderão mais ser julgadas, colocando em prática pela primeira vez, na esfera da migração, o “princípio da fraternidade.”

Na verdade, o conceito de fraternidade aponta à relação de reciprocidade que vincula os seres humanos entre si, implode todo tipo de nacionalismo, fechamento de fronteiras e xenofobia. Visualiza-se no outro, “um outro eu”, independente da cultura.

No **Brasil** há uma promessa constitucional que nos compele ao tratamento digno do imigrante: ao prever que visamos assegurar o

²⁷ No mesmo sentido, o art. 318 bis do Código Penal espanhol, após redação conferida pela Lei Orgânica 11/2003, comina uma pena de quatro a oito anos de prisão a quem “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”. Em comentário ao referido tipo legal, Martínez Escamilla (2007) refere que se trata de um claro exemplo de expansão do Direito Penal, uma vez que o legislador, dentre todas as condutas de favorecimento que poderia ter optado criminalizar pela sua gravidade – como, por exemplo, a concorrência de ânimo de lucro, a atuação no marco de uma organização delitiva, etc – levou a cabo uma regulação onicompreensiva, o mais ampla possível, com a finalidade de criminalizar, nos termos do dispositivo sob análise, qualquer comportamento relacionado com a imigração irregular que de alguma forma, “direta ou indirectamente” a favoreça. In WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito Penal (d)e Guerra: Notas sobre uma (In)Distinção Conceitual. DE 27/03/2017. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-d-e-guerra-notas-sobre-uma-in-distincao-conceitual> acessado em 30/07/2018.

exercício dos direitos de modo a formar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Nesse diapasão, a nova Lei de Migrações no Brasil (Lei no 13.445/2017) aprimora a situação do estrangeiro, garantindo a ele mais direitos no sentido qualitativo e quantitativo. Alguns pontos são importantes avanços quanto ao paradigma fraternal: a garantia ao imigrante de condição de igualdade com os nacionais, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e acesso à justiça e aos serviços públicos de saúde e educação. Ficam garantidos o mercado de trabalho e direito à previdência social, exercício de cargo, emprego e função pública, conforme definido em edital, com exceção dos concursos reservados a brasileiros natos.

Constata-se, pois, uma aproximação entre a nova lei brasileira de Migrações e as normativas internacionais de direitos humanos. No tópico, recorde-se, por exemplo, que a OIT editou a Convenção 143, a qual prevê a proteção trabalhista dos imigrantes mediante garantias de direitos humanos no acesso à ocupação produtiva justa e na restrição à exploração abusiva na sua prestação de serviços. Por sua vez, a lei brasileira em resumo, favorece as interações laborais, econômicas e sociais, no sentido de valorizar direitos, realçando o contributo do imigrante na construção na comunidade nacional. Devem, prevalecer, com efeito, as seguintes diretrizes: o repúdio à xenofobia, o acolhimento humanitário, a reunião familiar e o acesso à justiça, todas medidas destinadas a promover integração social.

Vivemos de perto os movimentos migratórios do Haiti (passado recente) e da Venezuela (atualidade).

Nos últimos tempos aumentou a migração de venezuelanos para Colômbia, Brasil, Equador, Peru, Chile e Argentina. Muitos se mobilizam a pé para fugir da crise humanitária que atinge a Venezuela.

É extraordinário o trabalho realizado pelas dioceses na fronteira de Cúcuta, Riohacha, na Colômbia, e em Boa Vista, no Brasil, e através da Cáritas e de outras organizações humanitárias para atender os migrantes venezuelanos.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB destinou 40% Fundo Nacional de Solidariedade (FNS) – valor arrecadado na Campanha da Fraternidade de 2018 -, para a implementação do Plano Caminhos de Solidariedade.

O projeto Caminhos de Solidariedade: Brasil & Venezuela pretende alcançar cerca de 90 Arquidioceses e Dioceses. Nesta proposta, as Igrejas

são convidadas a acolher migrantes e refugiados venezuelanos em seus territórios por meio de ações solidárias que visam promover, além da acolhida, a proteção, promoção e integração dos migrantes no Brasil.

Participaram desse Projeto: representantes do Serviço Pastoral do Migrante (SPM), Cáritas Brasileira, Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), Serviço Jesuíta para Migrantes e Refugiados (SJMR), Organização Internacional para as Migrações (OIM), Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, (ACNUR), professores e pesquisadores da Universidade Federal de Roraima (UFRR), Fraternidade sem Fronteiras, Organismos da Igreja Católica, Congregações Religiosas e Agentes de Pastoral.

Diante da crise migratória no mundo, a orientação do Papa Francisco para respostas efetivas da Igreja estão pautadas nas articulações em torno de quatro verbos que encontram seus fundamentos na Doutrina Social da Igreja: acolher, proteger, promover e integrar.

É verdade que a situação em Roraima é delicada. Em termos institucionais, por enquanto, a única forma de se equacionar a questão, a contento para venezuelanos e roraimenses, é um processo de interiorização real e não simbólico, sistemático e não esporádico, que possa encaminhar (voluntariamente, é claro) e distribuir os imigrantes pelas demais capitais brasileiras, ou seja, tornando real o princípio da solidariedade, com seu ônus a ser suportado por todos os estados, e não apenas por Roraima.

Assim, somente com uma política federal séria de interiorização sistemática, encaminhando (voluntariamente) os imigrantes a outras cidades brasileiras é que o problema pode ser amenizado a contento, tanto para os venezuelanos, que terão melhores oportunidades de conseguir emprego, quanto para os roraimenses, que não suportarão a sobrecarga dos serviços públicos.

Diante desse quadro, a fraternidade, com alicerce na liberdade e igualdade, se expressa como “responsabilidade recíproca”, “reciprocidade”. Com efeito, a reciprocidade aponta para atitude de abertura dos membros da sociedade, com aqueles que, em tese, seriam forasteiros à comunidade brasileira, mas ao ingressar no Brasil, adotam uma nova pátria, novo pertencimento cidadão.

Em suma: a) a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre os princípios tradicionalmente assegurados (a liberdade e a igualdade) e o preâmbulo da Constituição, que tem força normativa, especialmente diante da estrutura do corpo permanente da Lei Maior (art. 3º, em especial); b) o horizonte da fraternidade é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses

direitos é qualquer pessoa, só por ser pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos operadores do Direito e do Sistema de Justiça. Ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos atores do Direito testemunhá-la, como terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Britto, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria funcional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COSTA, José André da. *Ética e política em Levinas: um estudo sobre alteridade, responsabilidade e justiça no contexto geopolítico contemporâneo*. 206 f. Tese (Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

ELAND, Christopher James. *O Conceito de Fraternidade em Totalidade e Infinito e suas Implicações para os Direitos Humanos*. 92 f. Dissertação (Direitos Humanos) – Centro de Artes e Comunicação, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito Comum da Humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FALLER, Maria Helena F. Fonseca. A Concepção de Fraternidade em Emmanuel Lévinas: a ética da alteridade como fundamento da existência política. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Alga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. *O Direito no Século XXI - o que a fraternidade tem a dizer – estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Florianópolis: Insular, 2016.

FRANCISCO, Papa. *Quem Sou Eu para Julgar?* Trad. Clara A. Colotto. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. 204 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: 70, 1980.

Machado, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídico-constitucional*. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, ano XVIII, n. 22, 2008.

_____. *A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. Curitiba: Appris, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro*. In: Revista de Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, pp. 30-56, 2016.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Da Construção e Reconstrução do Conceito de Fraternidade. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luis Fernando. *Direito e Fraternidade: em busca de concretização*. Aracaju: EDUNIT, 2018.

SCAFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997,

VASAK, Karel. *For the Third Generation of Human Rights: the rights of solidarity*. Aula Inaugural da Décima Sessão de Estudo do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo, julho de 1979.

_____. *A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. The Unesco Courier, Paris, n. 10, 1997

WARAT, Luís Alberto. *O Ofício do mediador*. Florianópolis: . Habitus, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Direito Penal (d)e Guerra: Notas sobre uma (In)Distinção Conceitual*. DE 27/03/2017. Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/leitura/direito-penal-d-e-guerra-notas-sobre-uma-in-distincao-conceitual> acessado em 30/07/2018.

REFORMAS PARA O BEM COMUM

Ives Gandra Martins Filho¹

Jean Tirole, professor francês, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2014, resumiu seus estudos e ideias no livro “Economics for the Common Good” (Princeton University Press – 2017 – Princeton), no qual defende a necessidade urgente de reformas na legislação francesa e de outros países em vários campos, como o trabalhista e previdenciário, justamente para promover adequadamente o bem comum da sociedade. Suas reflexões e alertas podem nos trazer importantes subsídios, quando em nosso país se busca implementar a reforma trabalhista aprovada em 2017 e realizar a reforma previdenciária neste ano de 2019.

Tirole parte da constatação de que, após a queda do muro de Berlim e da transformação econômica da China Continental em um capitalismo de Estado, com a falência da economia planificada, a economia de mercado passou a ser a dominante em todo o mundo. E também tem respostas, inclusive mais eficientes, para a promoção do bem comum.

A matriz epistemológica de Tirole é “Uma Teoria da Justiça” (1971) de John Rawls, baseada na premissa do “véu de ignorância” que encobre cada membro da sociedade sobre sua real situação em relação aos demais, e que faz com que se possa perguntar a qualquer um: Em que sociedade você gostaria de viver, independentemente de suas circunstâncias pessoais? Para responder a essa pergunta, Rawls desenvolveu sua tese da “justiça como imparcialidade”.

Nesse “liberalismo social” de Rawls e Tirole, a busca do bem comum se daria pela promoção de uma igualdade de oportunidades para todos, característica da economia de mercado, e não uma igualdade de resultados, própria das economias planificadas.

As críticas à economia de mercado sob o prisma ético fazem confusão entre as falhas naturais do mercado, que devem ser corrigidas pela intervenção do Estado, com uma imoralidade que se consideraria intrínseca ao mercado. Na verdade, deve-se buscar um equilíbrio entre a intervenção constante do Estado no domínio econômico e o “laissez-faire” do liberalismo econômico, sabendo que o mercado necessita de regulação, como o Estado precisa do regime concorrencial para se desenvolver melhor.

¹ Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito pela UnB e UFRGS.

Nesse contexto, Tirole aponta para alguns dos maiores desafios na esfera econômica, que são a revolução digital e o mercado de trabalho. Este último aspecto é especialmente abordado por Tirole, ao colocar como uma das metas do Estado, como promotor do Bem Comum, o combate ao desemprego. Diz ele que o problema não se resolve com o aumento de empregos públicos, haja vista o rombo da Previdência, especialmente no setor público, exigindo urgente mudança de regras. O caminho é o da criação de condições que estimulem a criação de empregos no setor privado.

Para isso, sustenta que se faz necessária a reforma de muitas instituições de Direito do Trabalho, para dar maior flexibilidade à contratação e dispensa de trabalhadores, pois o elevado custo das dispensas ou as garantias cada vez mais amplas de estabilidade no emprego levam fatalmente empresários a contratar menos ou mecanizar a produção, pois o risco da atividade econômica recai sobre suas costas.

Nesse sentido, mostra Tirole que o excesso de protecionismo no campo laboral é a falsa solução para o desemprego. A informalidade e o desemprego não são decorrência pura e simples da lei do mercado, mas das escolhas e decisões equivocadas dos atores econômicos sobre que mecanismos utilizar para gerar empregos e condições de trabalho decentes. As bem intencionadas políticas públicas de excessivo protecionismo laboral acabam por proteger uma minoria de empregados, mas não os empregos e sua ampliação.

Com efeito, têm sido pouco eficazes e excessivamente caras, aponta Tirole, as políticas públicas francesas de combate ao desemprego focadas em ações estatais diretas como seguro-desemprego, programas de treinamento para reinserção no mercado de trabalho, empregos subsidiados, redução das horas de trabalho ou incentivos fiscais. Têm dado melhor resultado, nos países que as promoveram, com custos menores para a sociedade, reformas na legislação trabalhista que incentivem a contratação e a promoção paralela de reforma previdenciária que reduza os encargos indiretos sobre a folha de pagamento.

No fundo, quanto mais rígidas forem as regras que resguardam os contratos permanentes, mais as empresas buscarão a fórmula dos contratos a prazo ou a informalidade na contratação, de modo a não sucumbir aos riscos da atividade econômica.

A constatação de Tirole, observando o panorama mundial, é a de que, numa economia em constante evolução, empregos com estabilidade e contratos permanentes são um verdadeiro privilégio de alguns, uma vez que, para sobreviver à concorrência, as empresas devem reorientar suas

atividades e se adaptar às novas tecnologias e ao mercado em mutação, buscando trabalhadores que possuam as qualidades apropriadas para essas novas circunstâncias. Assim, o que mantém o trabalhador sempre empregado é a sua competência e capacidade de adaptação e evolução profissional, não simplesmente uma lei protetiva.

Ademais, dados internacionais levantados por Nicolas Lepage-Saucier e Étienne Wasmer (“Does Employment Protection Raise Stress? A Cross-Contry and a Cross-Province Analysis”, 2011) mostram a correlação entre legislação protetiva dos empregos e aumento do “stress” e de conflitos no ambiente de trabalho, por gerar acomodação por parte dos empregados e pressão e até assédio moral por parte dos empregadores, visando pedidos de demissão ou acordos de rescisão contratual, para não pagarem as indenizações legais para dispensas imotivadas.

E mais. Estudos como os de Andrew Clark e Fabien Postel-Vinay (“Job Security and Job Protection”, Oxford Economic Papers – 2005) têm demonstrado como o excessivo protecionismo laboral paralisa o desenvolvimento econômico da sociedade, preocupando inclusive os próprios trabalhadores e seus sindicatos, na medida em que seus contratos permanentes ou com estabilidade não lhes garantem os empregos, se suas empresas quebrarem e falirem, justamente pela falta de adaptação ao mercado, em face do excesso de encargos sociais a que estão sujeitas.

Tirole conclui, comparando as taxas de desemprego da França e dos países do sul da Europa com as dos países do norte da Europa ou de língua inglesa, que, mesmo após a crise financeira de 2008, as taxas mais elevadas são sempre dos primeiros, mostrando que não são os períodos de crise econômica que geram desemprego, mas o tipo de instituições e mecanismos de segurança adotados pelos países para gerar e garantir empregos. Ou seja, quanto mais protecionismo, menos segurança se consegue para os trabalhadores e seus empregos.

Fazendo uma análise do que acontece no Brasil à luz dessas constatações e conclusões de Tirole, vemos que nossa reforma trabalhista, ainda que tímida, seguiu no rumo certo, da flexibilização da legislação, com vistas a dar maior segurança a trabalhadores e empregadores, estimulando a negociação coletiva e o estabelecimento das regras e condições de trabalho pelos próprios agentes econômicos, que são justamente aqueles que sabem o que é possível conceder e regular salários, jornadas e demais circunstâncias laborais.

No entanto, tal reforma tem encontrado resistência por parte de segmento do Judiciário Laboral, ainda crente no protecionismo judicial, como fórmula única de se garantir condições decentes para o trabalho

humano. A rigor, a reforma trabalhista brasileira de 2017 foi uma reação, na linha da 3ª lei de Newton, ao excessivo protecionismo da Justiça do Trabalho, que, extrapolando da tarefa de interpretar a lei e aplicá-la aos casos concretos, passou a criar direito novo, a partir de princípios genéricos de baixa densidade normativa, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal ativismo judicial e voluntarismo jurídico atingiram seu ápice nas denominadas “Semanas do TST”, de 2011 e 2012, quando o Tribunal Superior do Trabalho se fechou para rever sua jurisprudência e, como fruto dessa reflexão interna, sem que houvesse processos sendo julgados para se estabelecer nova jurisprudência, mudou-se a sinalização de mais de 50 súmulas e orientações jurisprudenciais, para se reconhecer novos direitos aos trabalhadores, onde antes a jurisprudência pacificada dizia que, de acordo com a lei, tais pretensões não poderiam ser acolhidas pelo Judiciário. Com isso se criavam, da noite para o dia, passivos trabalhistas enormes para as empresas.

Não foi de estranhar, pois, que o Congresso Nacional, em menos de um ano, quando concluído o ciclo de governos petistas (2003-2016), aprovasse a reforma trabalhista proposta pelo governo Temer, disciplinando, por um lado, de forma expressa e com a sinalização retornando para o que eram antes, as matérias das súmulas alteradas em 2011-2012, e por outro, avançando para criar marcos legais para novos fenômenos econômicos e tecnológicos, como foram as questões da terceirização, trabalho intermitente, teletrabalho e danos extra-patrimoniais (Leis 13.429 e 13.467).

A reforma brasileira teve impacto imediato nos campos processual e sindical. Ao passar a admitir a imposição de honorários advocatícios ao empregado reclamante, coibiu as aventuras judiciais, que tornavam a Justiça do Trabalho verdadeiro cassino em que o trabalhador podia jogar e, no final, se perdesse, não pagava nada. O custo era todo do empregador, de ter de contratar advogado para se defender de demandas injustas ou inflacionadas. A reforma tornou o processo do trabalho responsável e reduziu substancialmente também a conhecida captação de clientela, em que não era o trabalhador a procurar o advogado, mas este a abordar empregados recém demitidos, propondo conseguir extrair alguma vantagem do ex-empregador. A queda do número de ações chegou a 40%, adequando a demanda à capacidade de se julgar rápida e convenientemente as reclamações trabalhistas.

No campo sindical, o término da obrigatoriedade da contribuição sindical derrubou um dos dois pilares de nosso sistema sindical anacrônico, restando ainda a unicidade sindical a ser revogada, contrária que é à

Convenção 87 da OIT. A receita fácil e a garantia da não concorrência deslegitimou a representação sindical brasileira, com sindicatos fantasmas que colocaram o Brasil no topo do ranking numérico de entidades sindicais, com 17.000, para 190 do 2º lugar, que são os Estados Unidos.

É falacioso o argumento de que a reforma enfraqueceu os sindicatos, razão pela qual tanto o Ministério Público do Trabalho como a Justiça do Trabalho passaram a contemporizar com a criação de contribuição negocial generalizada e obrigatória por via de acordos e convenções coletivas, em que os sindicatos acabavam aceitando quaisquer condições de trabalho, desde que lhes fosse reassegurada a fonte de receita suplementar.

Na verdade, é obrigação do sindicato defender toda a categoria nos conflitos coletivos, já que o único que a pode representar judicial e extrajudicialmente nessa seara, independentemente de retribuição específica por parte de cada beneficiário das novas condições de remuneração e trabalho. Porém, nos dissídios individuais, em que a titularidade é do próprio trabalhador lesado, a fórmula que estimularia a filiação sindical, garantindo fonte de receita justa aos sindicatos, seria limitar a substituição processual aos associados do sindicato. É o que se espera numa futura reforma sindical.

Quanto à reforma trabalhista de 2017, sua espinha dorsal foi a flexibilização da legislação, adotando o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado. Nisso, seguiu ela não apenas a orientação das Convenções 98 e 154 da OIT mas, especialmente, o princípio da subsidiariedade, encartado na encíclica “Rerum Novarum” (ns. 8 e 21-22) e na Doutrina Social Cristã, e que faz par com o princípio da proteção. Por aquele, cabe ao Estado apenas apoiar, incrementar e incentivar as sociedades menores como as famílias, as escolas, as associações, os sindicatos, as empresas, naquilo que podem promover o bem particular e comum melhor que o Estado diretamente. Só quando se mostram incapazes disso é que o Estado deve intervir diretamente, para estabelecer regramento protetivo dessas entidades ou se substituir a elas na promoção do bem comum.

Ora, o que se viu por muito tempo na Justiça do Trabalho, e ainda se vê, foi um desprezo olímpico ao princípio da subsidiariedade, como se o trabalhador fosse sempre relativamente incapaz, e só o Judiciário Laboral soubesse o que é bom para trabalhadores e empregadores. Tal análise se encontra estampada em paradigmático acórdão do STF, da lavra do Min. Roberto Barroso, quando assenta que “não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os

diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais”.

O Min. Roberto Barroso toca na ferida do protecionismo exacerbado da Justiça do Trabalho, ao assentar, nessa decisão, que “não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que *o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância*. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF)” (RE 590.415-SC).

Mesmo diante de tão clara orientação, em decisão de caráter vinculante, o TST continuou a declarar nulos centenas de acordos e convenções coletivas, utilizando a técnica do “distinguishing” para dizer que a “ratio decidendi” desse “leading case” não se aplicava aos demais casos de negociação coletiva. Na contramão da dicção clara dos incisos VI, XIII, XIV e XXVI do art. 7º da Constituição, chegou a assentar em decisão por maioria na SDI-1 que negociação coletiva só pode se dar para ampliação de direitos trabalhistas (cfr. TST-Ag-E-ED-ARR-10805-55.2016.5.18.0121, Rel. Min. Freire Pimenta, julgado em 27/06/19), o que levaria, com o passar dos anos, à fixação de salários cada vez maiores para jornadas cada vez menores, o que nenhuma empresa tem condições de suportar.

Não foi por menos que o STF, diante de tal quadro, veio a erigir novo tema de repercussão geral (1046), para discutir da forma mais ampla possível, os parâmetros da negociação coletiva, em face da redução da autonomia negocial coletiva levada a cabo pelo TST, que ampliava superlativamente o quadro de direitos trabalhistas indisponíveis, praticamente publicizando o Direito do Trabalho. Com isso, foram suspensos todos os processos que versam sobre a matéria, até deslinde final da questão pelo Supremo.

Porém a resistência de parte do Judiciário Trabalhista não se dá apenas quanto ao fruto da negociação coletiva, mas especialmente à nova legislação trabalhista. Por óbvio que nenhuma lei é capaz de gerar emprego por si só, especialmente quando não aplicada pela Justiça. Num clima de insegurança jurídica, gerado pelo próprio Poder Judiciário, quem se arriscaria a criar novos postos de trabalho, aproveitando das novas formas de contratação ofertadas pela lei?

Em todos os países europeus que promoveram reformas trabalhistas, especialmente Portugal, Espanha, França, Alemanha e Itália, a queda na taxa de desemprego só se efetivou de modo mais palpável depois que suas Cortes Constitucionais referendaram as medidas legais adotadas, o que vem também ocorrendo paulatinamente em nosso país, com as decisões de nossa Suprema Corte pela constitucionalidade dos diferentes aspectos da reforma trabalhista, como foram os casos da contribuição sindical, negociação coletiva e terceirização.

Em suma, se é missão do Estado promover o Bem Comum da sociedade, considerado como o conjunto de condições de segurança, educação, saúde, trabalho, previdência, etc, para que cada um alcance seu bem particular, o caminho que se tem mostrado mais eficaz é, na seara laboral, o da denominada “flexisecurity”, valorizando e respeitando mais a negociação coletiva entre patrões e empregados, com legislação mais flexível para contratação e dispensa. Que saibamos aproveitar as lições do Prof. Jean Tirole e de nossa Suprema Corte, de modo a que mais rapidamente cheguemos ao verdadeiro Estado do Bem-Estar Social em nosso país.

IMPOSIÇÕES CULTURAIS E DIREITOS HUMANOS: CRIANÇAS-BRUXAS NA NIGÉRIA

Amanda Figueiredo de Andrade¹

Letícia Guardiano Ribeiro da Silva²

RESUMO

Este artigo intenta fazer uma análise da abrangência e eficácia dos direitos humanos num âmbito internacional e suas relações culturais, tomando por base e aprofundando-se nos efeitos da crença em bruxaria para as crianças nigerianas e as imposições culturais ali recorrentes. Trataremos acerca do mercado desenvolvido em torno das “crianças bruxas” e da Teologia da Prosperidade como fatores essenciais à análise do caso, inquirindo acerca de sua repercussão no país. No que tange ao campo doutrinário, o tipo de pesquisa adotado segue a vertente teórico-bibliográfica, valendo-se de acervos predominantemente públicos e de fácil acesso; além disso, serão explorados acervos digitais. No que diz respeito às conclusões alcançadas, percebe-se o impacto da veiculação de notícias e crenças, em especial quando existe um cenário de desestabilidade e desigualdade econômica e social, sendo necessária a atuação de órgãos estatais e organizações mundiais para conter os efeitos dessa veiculação.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Bruxaria. Crianças bruxas. Nigéria.

ABSTRACT

This article attempts to analyze the scope and effectiveness of human rights in an international context and its cultural relations, building on and deepening the effects of belief in witchcraft to Nigerian children and there recurring cultural impositions. We will deal with the market developed around witch-children and Prosperity Theology as essential factors for the analysis of the case, inquiring about its repercussion in the country. In reference of the doctrinal field, the type of research adopted follows the theoretical-bibliographic aspect, using dominantly public and easily accessible collections; in addition, digital collections will be explored. Regarding the conclusions reached, one can see the impact of

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: amandafdeandrade@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: le.grs@live.com

the dissemination of news and beliefs, especially when there is a scenario of economic and social inequality and destabilization, and it is necessary to act on the part of state organs and worldwide organizations to contain the effects of this dissemination.

KEYWORDS: Human rights. Witchcraft. Witch children. Nigeria.

1 INTRODUÇÃO

O fim da Segunda Guerra Mundial inicia um período de crescimento exponencial da discussão e do processo de fortalecimento da internacionalização dos direitos humanos. Elementos como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) são marcos da inserção da pessoa humana como sujeito de direito internacional. Por mais fundamentais que sejam, portanto, os direitos humanos são direitos históricos.

Norberto Bobbio afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004). Quando se trata de colisões entre os direitos humanos e aspectos culturais de determinada sociedade, a problemática da proteção a qual Bobbio se refere emerge e não pode ser ignorada.

Como compatibilizar o pluralismo cultural e os padrões universais? Seriam estes padrões realmente universais, ou uma tentativa ocidental de impor suas próprias concepções – sejam elas culturais ou econômicas? O estabelecimento de padrões é possível – e se possível, é saudável? Tais questionamentos vêm sido levantados e ainda não encontraram solução.

Nesse ínterim, diversos casos que não condizem com a declaração dos direitos humanos causam polêmicas. Entre eles, merece destaque o caso das “crianças bruxas” na Nigéria. Crianças, por simples motivos, como ter convulsões ou falar durante o sono, são consideradas enfeitiçadas e acusadas de trazerem “maldições” para suas famílias. São torturadas e abandonadas. Qual o posicionamento e a linha de ação das demais organizações de direitos humanos? Como o direito internacional age diante de situações de tortura e violência contra a criança em um país onde o ordenamento jurídico não é o que rege a sociedade?

Nesse artigo, buscaremos uma linha de raciocínio que vise responder aos questionamentos previamente estabelecidos. Análises históricas e teóricas permitirão avaliar as possibilidades de ação positiva ou negativa nos casos em questão, formando um debate interessante sobre a problemática entre direitos humanos imposições culturais.

2 OS DIREITOS HUMANOS

2.1 Panorama histórico

Insta lembrar que a Carta da Organização das Nações Unidas (1945), em seu artigo 55, firma que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Em 1948, a “Declaração dos Direitos Humanos”, em um contexto pós Segunda Guerra Mundial (marcada por múltiplas atrocidades), vem a elencar e definir os direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos. Lutando contra a opressão e a discriminação para a adoção desses princípios, a Organização das Nações Unidas (ONU) contou, inicialmente, com o apoio inicial de grandes líderes mundiais para sua perpetuação.

Dentre os objetivos do documento, destaque-se a garantia de que crimes contra a humanidade não voltassem a ocorrer, conforme seu 2º artigo, firmando direitos essenciais sem distinção:

[...] de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou qualquer outra situação”, tampouco fundada “na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (DUDH, 1946)

Garante, ademais, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dentre os principais: direito à vida, igualdade perante a lei, liberdade de expressão, direito ao desenvolvimento, à educação e trabalho.

Todavia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Seu processo de “juridicização” (PIOVESAN, 2007), iniciado em 1949, foi concluído em 1966 com a elaboração de mais dois tratados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A conjugação desses três instrumentos resultou na Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Inaugurando o sistema global de proteção desses direitos, seguiram-se à Carta inúmeras Declarações e Convenções. É imprescindível que os Direitos da Criança e o Direito contra a Tortura sejam discutidos para embasar o caso discutido pelo artigo: “As Crianças Bruxas na Nigéria”.

2.2 Convenção sobre os Direitos da Criança

Adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990, a “Convenção sobre os Direitos da Criança” é composta por 54 artigos e define criança, em seu 1º artigo, como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade,

a não ser que, pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo”.

Orienta também os Estados para a execução dos princípios nela estabelecidos para que o desenvolvimento individual e social da criança seja pleno; destaca-se a importância designada à família como suporte para crescimento social, emocional e harmônico da criança, tendo o apoio estatal para que possa garantir condições necessárias mínimas ao cumprimento dos objetivos supracitados. Sendo o tratado internacional de proteção de direitos humanos com maior número de ratificações, contava, em maio de 2006, com 192 Estados-partes.³

Neste íterim de legislações internacionais como garantias de Direitos Fundamentais a todo e qualquer ser humano, deve-se questionar qual é o alcance e eficácia desses ordenamentos nas diversas fronteiras do mundo – geográficas, culturais, sociais ou econômicas –, atentando-se às diplomacias internacionais e considerando a internalização – ou não internalização – das normas em alguns países.

2.3 O problema dos direitos humanos

Em sua obra “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, Flávia Piovesan traz a seguinte consideração:

Atente-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e complementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção aos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, jamais aquém deles. (PIOVESAN, 2007, p. 159)

Ocorre que em alguns países, como a Nigéria, o ordenamento jurídico não é a única – de longe a principal – forma de organização e imposição das regras de conduta. Nesse país em específico considera-se a religião e a cultura previamente à jurisdição, e esta última não garante por si só que os direitos humanos internacionalmente regulamentados sejam plenamente cumpridos.

³ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties, <http://www.unhcr.ch/pdf/report.pdf>.

Norberto Bobbio, analisando o processo de reconhecimento jurídico dos direitos humanos, apresenta as etapas da positivação, da generalização e da internacionalização dos mesmos (BOBBIO, 2004).

A primeira inicia-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua irradiação nos diversos ordenamentos normatizados dos países mundiais e mostra-se imprescindível nesse processo. A generalização é utilizar do ser humano, cidadão genérico para a criação das normas e sua aplicação posteriormente pessoal. A internacionalização, ademais, trata-se da conversão dos direitos humanos em um tema global e não circunscrito.

Em sua obra “A invenção dos direitos humanos”, Lynn Hunt (2009) afirma que os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: serem inerentes aos seres humanos (naturais), serem os mesmos para todos (iguais) e serem aplicáveis por toda parte (universais).

Entretanto, a autora aponta para o fato de que essas três características não são suficientes. A corroborar com o raciocínio desenvolvido por Bobbio acerca da dificuldade em proteger tais direitos, deve-se destacar que os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político (HUNT, 2009).

O que se percebe, no contexto nigeriano, entretanto, é a ausência de conteúdo político. Apesar do reconhecimento da ciência como um valor, no novo mundo da mídia digital enfrentamos problemas progressivamente maiores, indistinguíveis da diferença entre e fatos pseudocientíficos, entre informações verdadeiras e falsas. Confirmar informações é – e sempre deverá ser – um interesse político.

3 ANÁLISE DE CASO

3.1 Situação nigeriana

Diante do exposto, propõe-se agora uma discussão acerca do caso das “crianças bruxas”, na Nigéria.

Localizada na África, a República Federal da Nigéria compreende o maior contingente populacional do continente. Apesar de o país possuir uma das maiores reservas de minério fóssil do mundo, a população enfrenta uma série de mazelas sociais.

Mesmo as maiores cidades, como Lagos, são caracterizadas por uma grande aglomeração de pessoas pelo desprovimento de recursos públicos de infraestrutura, a citar: moradia, alimentação, saúde, educação, entre outros. O Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, emitido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), classificou o IDH da Nigéria como baixo.

A religião do país é causa de inúmeras tensões – inclusive políticas, considerando o sul predominantemente cristão e o norte predominantemente muçulmano. Entre diversos episódios de violência, tomou destaque há alguns anos o caso de crianças acusadas, em nome do cristianismo, de bruxaria.

3.2 O mercado de bruxificação e a “Teologia da Prosperidade”

O cristianismo, como já exposto, domina o sul do país com forte poder – perceptível tanto na esfera social quanto na esfera política. Numa concepção claramente capitalista, reforçada pela crise econômica mundial, diversos líderes religiosos cristãos da Nigéria se aproveitam de sua influência sobre população para a criação de um verdadeiro mercado de bruxificação.

A “Teologia da Prosperidade” – doutrina religiosa cristã que prega que a fé, o discurso positivo e as doações para os ministérios cristãos irão sempre aumentar a riqueza material do fiel – é recorrente no país, que possui cinco dos dez pastores evangélicos mais ricos do mundo.

Suas raízes históricas remontam ao otimismo filosófico do século XIX (BATISTA, 2005). Inicia-se na mesma época em solo norte-americano, de modo que se apresenta em uma cultura materialista, utilizando-se da teologia bíblica para propagar a necessidade de uma satisfação material, como reflexo da operação divina (NASCIMENTO, 2009).

Neste sentido, o movimento encontra força em localidades em que existe não só o surto do vírus HIV, mas também em que os “sistemas político-econômicos pós-coloniais e a corrupção provocaram destruição na família tradicional e nas comunidades” (LE MOS, 2017, p. 85/86), como países da África Subsaariana.

A título exemplificativo, importa destacar que na Nigéria encontra-se a sede da Living Faith Church Worldwide, maior igreja pentecostal do mundo, que possui dezenas de milhares de membros no continente africano e no exterior (GARRARD-BURNETT, 2011).

Nesta linha de intelecção, as origens em uma cultura “materialista”, apontada por Nascimento (2009), permite a conclusão de que, quando a riqueza material não é atingida pelos adeptos da Teologia da Prosperidade, o diagnóstico nigeriano aponta para a existência de uma criança bruxa em casa.

Note-se que as acusações de bruxaria são efetuadas sob as mais diversas justificativas, conforme abordado, variando entre questões de saúde, questões financeiras da família, ou até mesmo fatores considerados mais simples e relacionados estritamente às crianças, como o fato de

falarem dormindo, resultando no encaminhamento das crianças ao pastor da igreja evangélica neopentecostal (FUSCHINI, 2015).

O processo de “cura” ou “exorcismo” é feito pelos próprios líderes religiosos, por um preço extremamente elevado para as condições econômicas do lugar – chegando a equivaler a mais de um ano de renda de algumas famílias. Segundo o jornal britânico *The Telegraph*, o preço gira em torno de 170 libras, enquanto milhões de habitantes são forçados a viver com menos de uma libra por dia.

Durante as cerimônias, as crianças são sacudidas de forma violenta e recebem poções que acreditam auxiliar o processo – nos olhos, ouvidos, ou mesmo via oral. Caso o ritual não obtenha sucesso, a criança deve ser mandada embora ou morta. Muitas delas são prendidas em condições sub-humanas, nas próprias igrejas, atadas por correntes e privadas de comida até que confessem serem bruxas.

Além disso, deve-se notar que a situação financeira da família nem sempre é compatível com os valores requisitados pelos representantes religiosos, de modo que o “tratamento” é, frequentemente, realizado pela própria família, envolvendo medidas que submetem as crianças aos mais diversos tipos de tortura (FUSCHINI, 2015).

Para que uma criança seja identificada como possuída, não é necessário muito; segundo o livro *“Unveiling The Mysteries of Witchcraft”*, escrito pela nigeriana Helen Ukpabio (2009), os sinais em crianças com menos de dois anos consistem em choro e gritos noturnos, febre, saúde deteriorada e má alimentação.

Tais sintomas, considerando a infraestrutura – especialmente a saúde pública – do país, são extremamente comuns. Cabe ainda um comparativo acerca dos dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD): estima-se que a população dispunha, entre 2005 e 2010, de menos de um médico – 0.4 – para cada mil pessoas, contra 2.7 dos EUA e 1.7 do Brasil.

Em relação à situação de pobreza do país, alguns dados do PNUD tornam-se relevantes. O PIB *per capita* da Nigéria correspondia, em 2005, a 2.221 dólares – contra 42.486, a título novamente de comparação, dos Estados Unidos. Importa notar que, em 2010, apenas 1.9% do PIB nigeriano era destinado à saúde – contra quase 10% do PIB norte-americano da mesma época. A taxa de mortalidade de crianças com menos de 5 anos era de 14.3%, na Nigéria, contra 0.8% dos Estados Unidos (PNUD, 2013).

Os fatores apresentados deveriam descreditar os motivos pelos quais uma criança é julgada como bruxa, ou ao menos provocar uma reflexão acerca dos requisitos para a estigmatização.

3.3 Repercussão

A atuação da autora citada no tópico anterior, Helen Ukpabio, bem como os casos como um todo, chamaram a atenção de muitas Organizações Internacionais de caridade que monitoram a situação humanitária na Nigéria.

Foi lançado em 2008 o documentário britânico “*Saving Africa’s Witch Children*”. Dirigido por Mags Gavan e Joost van der Valk, ele ilustra a realidade de crianças acusadas de bruxaria na África – prática amplamente temida. Uma vez estigmatizada como bruxa, a criança sofre uma grande rejeição da sociedade e da própria família.

Ao momento do documentário, estimavam-se cerca de 15.000 (quinze mil) crianças acusadas de bruxaria apenas no estado de Akwa Ibom, localizado na costa sul da Nigéria. São mostrados os ferimentos e cicatrizes de crianças “expulsas”, causados pela própria população. É comum, ainda, a ocorrência de cortes e ataques com ácido e fogo. Tais práticas servem também para a obtenção de “confissões”, como supramencionado, ou como uma simples punição. O próprio processo de exorcismo pode ser violento: em uma tentativa de afastar os demônios da criança, ela é golpeada até a morte com machetes, envenenada, afogada ou até mesmo enterrada viva.

O assunto vem sido documentado pela mídia internacional, como no documentário em questão ou em reportagens de canais de comunicação valorizados, como *Telegraph*, *CNN* e *BBC* embora ainda não tenha a visibilidade necessária à resolução do problema. No cenário nigeriano, a ONG africana “Way to the nations” vem ganhando espaço na divulgação de mídias e filmes no país com o intuito de retratar a realidade deste mercado, por meio de uma linguagem acessível e com o intuito de modificar a concepção da população nigeriana sobre o tema em questão.

Tem encontrado, ainda, largo espaço no universo acadêmico, por meio de artigos e demais discussões, encontrados especialmente na língua inglesa – oficial da Nigéria.

Entre eles, pode-se mencionar o 57º encontro anual da *African Studies Association*, ocorrido em Indianápolis em 2014, que buscou examinar as instituições neo-tradicionais – prejudiciais e ainda em processo evolutivo – que propagam a crença em bruxaria e fazem acusações desse tipo na África subsaariana.

A discussão estendeu o foco do problema, passando das crianças a outros grupos socialmente menos ativos, como mulheres, crianças e idosos. Observa-se o raciocínio de Charles M. Good, professor emérito

do Instituto Politécnico e Universidade Estadual da Virgínia acerca da discussão supracitada:

Everyday, millions of Africans – individuals, families, and communities – are at risk of physical and emotional torture, and even death. Women, children, and the elderly are the most vulnerable groups in this scenario. (GOOD, 2014, p. 1)

No Brasil, salienta-se a pesquisa realizada por Thiago Fuschini (2015). O autor intenta em seu estudo difundir as ações da organização Caminho das Graças – uma alternativa às igrejas presbiterianas institucionalizadas – que possui como subdivisão internacional chamada “Caminho nas Nações”, instituição de cunho humanitário em prol de crianças vítimas de violência em países africanos. Nesta conjuntura, uma ênfase para o mercado de bruxificação nigeriana é feita ao decurso da pesquisa, exposto o trabalho que o ONG faz na tentativa de cessar este mercado.

Sobre esse tema versou também Good em seu artigo *Extent and Implications of Evidence-Based Research on Gender and Age-Targeted Witchcraft Violence in Sub-Saharan Africa* (2015). O autor aponta fatores econômicos, sociais e psicológicos como explicações possíveis ou prováveis para o aparente crescimento de práticas de neo-bruxaria na África subsaariana, ligando o deslocamento social às acusações de feitiçaria.

Insta salientar, nesta acepção, a visão de Mike Omilusi (2018) sobre a influência que a religião alcança na conjuntura nigeriana. Uma sequência de insucessos do governo nigeriano na promoção de políticas públicas ponderadas e completas que promovessem a integração nacional gerou um vácuo que foi preenchido pelas políticas e programas das igrejas do país. Esta sequência dá-se pela fragilidade da democracia Nigeriana, em decorrência de diversos fatores histórico-sociais de exploração e guerras.

Existem também diversos livros que versam sobre os problemas da bruxaria, da violência e da democracia no sul do continente africano. No que tange às consequências da estigmatização de pessoas como bruxas, cabe a observação de Elireba Bornman *et al* na obra *Violence in South Africa – a variety of perspectives* (1998):

However, the accusation need not even be clearly started. The mere suggestion of involvement in witchcraft may cause a person to be eventually killed for the trespass. (BORNMAN, 1998, p. 186)

Nota-se, porém, que apesar dos inúmeros registros de todo tipo, a questão do desrespeito aos direitos humanos – especialmente aos direitos da criança, dispostos em legislação específica do direito internacional – permanece sem uma total solução.

3.4 Soluções (ou novos problemas)

A falta de eficácia é um obstáculo à solução tanto prezada em diversos países, pautada na reforma do ordenamento jurídico vigente. O problema da Nigéria não se encontra na ausência de normas, nem mesmo de legislação interna. O que se percebe é o predomínio das imposições culturais religiosas, amparadas pelo fator decisivo econômico, em face ao positivismo jurídico.

Do ponto de vista internacional, interessa notar que a Nigéria é Estado-parte de duas importantes convenções: a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC), previamente explicada, e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT). Ambas contam com comitês – Comitê sobre os Direitos da Criança e Comitê contra a Tortura, respectivamente – para controle e fiscalização desses direitos.

No que tange à legislação interna, em 2008, o governo Nigeriano, por pressão internacional, aprovou a legislação que considerava crime rotular as crianças como bruxas. Devido à imposição cultural-religiosa, a ignorância populacional e a consideração ínfima do ordenamento jurídico local, essa lei foi totalmente descon siderada e os casos tenderam a continuar, apoiados pela omissão estatal.

Durante o I Simpósio sobre Imigração e Proteção de Pessoas, ocorrido em novembro de 2015 na Universidade Federal de Uberlândia, o voluntário Gito Wendel palestrou sobre sua experiência com “crianças bruxas” nigerianas. Segundo o relato, muitas ONGs internacionais foram expulsas por denunciarem para o mundo as atrocidades e diversos voluntários foram presos em situações de resgate das crianças, sob a acusação de suspeita de tráfico.

Como consequência, muitos orfanatos foram fechados e as crianças ficaram sem amparo. O relato informou que o fechamento de um orfanato por parte do exército resultou na fuga de cerca de 50 crianças – número pequeno, frente total do orfanato –, que ali estavam abrigadas. A pressão internacional à política local tornou-se mais fraca por não se encontrar voz diante dos problemas expostos. Poucas ONGs que restaram, dentre elas uma brasileira, ficaram somente na situação de resgate de crianças, correndo o risco de serem presos. Tornou-se vaga a cobrança ao governo de uma solução concreta e efetiva, que vise acabar de vez com a questão.

Projetos de outros países – Inglaterra, Dinamarca, Brasil – na Nigéria, como o brasileiro “Caminho Nações”, tinham dois principais objetivos: cuidar das crianças desamparadas e questionar às autoridades locais uma solução.

A primeira mostra-se como uma medida paliativa, apresentando um caráter humanitário e emocional. Medidas como a criação de orfanatos e a garantia de elementos básicos – alimento, moradia e educação – às crianças foram tomadas, bem como meios de conscientização. Entre esses meios, merece destaque o livro “*What to do if someone calls your child ‘a witch’*”, escrito pelo Dr. Marcelo M. Quintela e pelo Chief Okon I. Medekon. Tendo a sensibilidade de usar argumentos cristãos para facilitar e promover a assimilação do conteúdo, a obra – disponível *online* – visa conscientizar e orientar as famílias locais para o caso de suas crianças serem rotuladas como bruxas. A segunda, mais complexa, visa cobrar do governo nigeriano uma solução para os casos, exigindo o controle e a fiscalização de direitos e leis já enunciados sobre o tema, promovendo sua eficácia e garantindo a punição dos envolvidos.

O caso das “crianças bruxas”, chocante especialmente pela época em que toma forma, encontra cada vez mais empecilhos à sua solução. As acusações de bruxaria, se expandidas a outras categorias – adultos ou idosos, por exemplo – podem causar efeitos extremos como a própria guerra civil. Considerando toda a argumentação exposta, percebe-se que as medidas humanitárias – ainda que paliativas – têm gerado mais efeitos do que as legais. A solução cabível depende de uma comoção internacional em larga escala, que desafie e se imponha perante a comercialização de direitos humanos que vem sendo feita no país.

4 CONCLUSÃO

O escritor uruguaio Eduardo Galeano afirmou que “A primeira condição para modificar a realidade consiste em conhecê-la”. Com os fatos apresentados nessa exposição, conclui-se a necessidade de discussões em âmbitos internacional e oficial, visando uma solução para a dialética entre direito e ética e poder. Tal mostra-se imprescindível para promoção da lucidez frente à situação, no que tange tanto à esfera interna quanto à esfera externa.

Infere-se também que o Estado de Direito não encontra espaço na realidade nigeriana. Caracterizado por ter leis que expressem a vontade e necessidade do povo, e não os caprichos de reis, ditadores, militares, líderes religiosos ou partidos políticos autoneameados, o Estado de Direito determina também que nenhum indivíduo pode se colocar acima dessas leis. Como consequência da ausência desse modelo, junto à debilitada democracia nigeriana, percebe-se o gradativo enfraquecimento das Instituições do Estado como um todo, levando à falência das mesmas.

A respeito da presente análise, duas teorias assumem diferentes posições. Enquanto o Universalismo cultural “clama pela extensão

universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos” (DONELLY, 2007, p. 03), o relativismo cultural exige respeito não só às diferenças e diversidades, mas também às identidades culturais de cada sociedade (MASSUDI, 2007).

Nesta linha de intelecção, note-se que no panorama nigeriano de fome, miséria e de um Estado enfraquecido política e juridicamente, individualiza-se a partir do momento em que a religião é tomada como refúgio por parte da população (OMILUSI, 2018). Assim, sendo o homem um produto do meio em que se insere, por vezes possui sua capacidade de escolhas morais limitada, sendo “incapaz de resistir às influências do ambiente em que vive” (SILVA; PEREIRA, 2013).

Por conseguinte, o oferecimento de soluções jurídicas à situação das “crianças bruxas” na Nigéria pode ser analisado por ambas as vertentes supramencionadas – relativismo cultural ou universalismo cultural –, sendo a linha que as separa extremamente tênue. Entretanto, há de se considerar que as vítimas dessa situação são crianças, vulneráveis e suscetíveis aos (des)cuidados de seus familiares, de modo que o padrão universal de Direitos Humanos é indispensável para garantia de seus direitos fundamentais.

Embora percebamos a ciência como um valor e acreditemos nela, no novo mundo da mídia digital enfrentamos problemas progressivamente maiores, indistinguíveis da diferença entre e fatos pseudocientíficos, entre informações verdadeiras e falsas. Às vezes a própria fonte, como a Internet, televisão ou uma pessoa que comunica uma mensagem é considerada suficiente para a credibilidade da informação.

Resta, porém, esperança de que haverá pessoas dispostas a lutar por essa causa e lembrar aos líderes nigerianos envolvidos na polêmica, sob o risco de incorrerem num Estado de Direito fictício, voltado às idiossincrasias e interesses dos detentores do poder.

5 REFERÊNCIAS

BATISTA, Israel (Org.). **Graça, Cruz e Esperança na América Latina**. São Leopoldo: Sinodal. Quito: Clai. 2005.

BBC. **The children accused of witchcraft and murder**. Disponível em: https://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-sh/nigeria_children_witchcraft. Acesso em 12. Nov. 2019.

BOBBIO, Norberto *et al.* **A era dos direitos**. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BORNMAN, Elirea *et al.* **Violence in South Africa: A Variety of Perspectives**. HSRC Publishers. 1998. 457 p.

DISPATCHES: Saving Africa's Witch Children. Direção: Mags Gavan e Joost van der Valk. Produção: Alice Keens-Soper e Paul Woolwich. Inglaterra: Channel 4, 2008. 47 min, color.

Escola Superior do Ministério Público da União. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais.** Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf. Acesso em 20 nov. 2015.

FUSCHINI, Thiago. **Caminho da Graça: uma espiritualidade peregrina.** Mestrado em Ciência da Religião. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2015.

GARRARD-BURNETT. A vida abundante: a teologia da prosperidade na América Latina. **Revista História: questões e debates.** n. 55, p. 177-194, 2011.

GOOD, Charles M.. **Abstract For Proposed Roundtable:** 57th Annual Meeting. 3 folhas. African Studies Association. Indianápolis, EUA. 2014.

GOOD, Charles M.. Extent and Implications of Evidence-Based Research on Gender and Age-Targeted Witchcraft Violence in Sub-Saharan Africa. **SSRN.** 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2262630>. Acesso em: 20 nov. 2015.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 288 p.

JÚNIOR, Alberto do Amaral. **Introdução ao direito internacional público.** São Paulo: Atlas, 2008. 537 p.

LEMONS, Carolyne Santos. Teologia da Prosperidade e sua expansão pelo mundo. **Revista Eletrônica Espaço Teológico.** Vol. 11, n. 20, jul/dez, 2017, p. 80-96

NASCIMENTO, Rodrigo. **Teologia da Prosperidade:** Releitura em Isaías 53.4-5. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Clube dos Editores, 2009.

OMILUSI, Mike. **Investigando o significado decrescente de governo e filantropia na Nigéria: religião como refúgio?** Revista Brasileira de Estudos Africanos, v.3, n.5, jan./jun. 2018, p. 105-133.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatórios de Desenvolvimento Humano Globais.** Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>. Acesso em: 29 abr. 19.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. 533 p.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013.** Disponível

em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>. Acesso em: 29 abr. 19.

QUINTELA, Marcelo. **Missão: salvar crianças-bruxas**. Brasília: Prólogos, 2011.

SILVA, Marília Ferreira da; PEREIRA, Erick Wilson. **Universalismo x Relativismo: em entrave cultural ao projeto de humanização social**. XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 13-26 nov. 2013. pg. 495-516.

The Telegraph. **‘Child-witches’ of Nigeria seek refuge**. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/nigeria/3407882/Child-witches-of-Nigeria-seek-refuge.html>. Acesso em 10 abr. 19.

UKPABIO, Helen. **Unveiling The Mysteries of Witchcraft**. Autopublicado, 2009.

United Nations Human Rights. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 20 nov. 2015.

Way to the nations. Disponível em: <https://www.waytothenations.org/>. Acesso em 20. Set. 2019.

WENDEL, Gito. **O perigo de ser criança na Nigéria**. I Simpósio sobre Imigração e Proteção de Pessoas. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, MG, Brasil. 2015.

DILEMMAS OF JUSTICE ON THE LEGAL TRANSPLANTATION OF UNITED STATES ANTI-CORRUPTION INSTITUTES INTO BRAZILIAN LAW

Ana Flávia Azevedo Pereira¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar sob uma perspectiva diferente as Dez Medidas Contra a Corrupção, elaboradas por membros do Ministério Público Federal (MPF) que compõem a Força Tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba. Dentre as diversas medidas propostas, serão objeto de análise três institutos jurídicos anticorrupção norte-americanos que o MPF pretende transpor para o direito brasileiro. Este artigo pretende apresentar uma análise das Dez Medidas sob a perspectiva dicotomizada da justiça e da vingança. O Direito Penal é um campo especialmente sensível às demandas de retribuição ao sofrimento causado, reparação à vítima e clamor da sociedade por justiça, que são muitas vezes associadas à ideia de vingança. Essa perspectiva pretende trazer à luz alguns elementos de justiça e vingança identificados nesses institutos e destacar os desafios inerentes ao transplante legal desses institutos para a legislação brasileira e à sua adaptação ao ordenamento jurídico e modelo de justiça brasileiro.

Palavras-chave: Transplante Legal. Institutos Anticorrupção. Proposta Legislativa.

ABSTRACT

This article aims to present a different perspective to the analysis of the Ten Measures Against Corruption drafted by members of the Federal Public Attorney's Office (MPF) that are part of the Lava Jato Operation Task Force in Curitiba. Among several measures, the object of this analysis will be three North American anti-corruption legal institutes that MPF intends to transplant into the Brazilian legal. This article aims to present an analysis departing from a dichotomized perspective of Justice and Vengeance. Criminal law is a field especially sensitive to demands of retribution to the suffering caused, reparation to the victim and society's outcry for Justice, which are all often associated with the idea

¹ Advogada de Compliance. Especialista em Direito e Processo Penal. Mestranda em Filosofia do Direito-PUC/SP. Graduada em Direito com formação complementar em Ciências do Estado - UFMG.

of Vengeance. This perspective intends to bring to light some elements of Justice and Vengeance identified in those institutes and highlight the challenges inherent in the legal transplantation of these institutes into the Brazilian law and adaptation to the Brazilian legal system and justice model.

Keywords: Legal Transplantation. Anti-Corruption Institutes. Bill.

1 INTRODUCTION

In March 2015, the Federal Public Attorney's Office (MPF) launched the national campaign "Ten Measures Against Corruption," drafted by members of the Lava Jato Operation Task Force in Curitiba (PR). The bill was presented to add more effectiveness to the fight against corruption, illicit enrichment of public officials and impunity. It was based on the experience arising from the Lava Jato's investigation and other major criminal investigations (DEZ).

The launch by the MPF and the approval by the House of Representatives of the "Ten Measures Against Corruption" arose great discussion in Brazil. It mobilized different types of critics but especially concerning what has been called a "legal transplant" of institutes of other legal systems, mainly the North American one.

The Ten Measures Against Corruption is related to the current Brazilian scenario of a series of corruption scandals related to the Lava Jato Operation. Its motto of combating corruption and impunity represents the desire of every Brazilian citizen for an efficient and effective criminal procedure. However, for some critics of the measures, MPF's proposal holds a paradox: it fights corruption by corrupting the justice system, the criminal procedure, and even democratic bases (CASARA, 2015).

This paradox represents the inherent conflict between MPF and society's desire for efficiency and effectiveness of the criminal procedure in one side and on the other hand the concern of some jurists about the risks that uncritical legal transplantation of legal institutes will result in a violation of Brazilian constitutional rights.

The Brazilian and American legal systems are organized differently in socio and juridical terms. They depart from different philosophic and juridical doctrines, which creates difficulties in the legal transplantation of legal institutes. In this sense, Tércio Sampaio Ferraz Jr. points out that historically and spatially, communities tend to distinguish themselves regarding social organization and conception of Justice. That helps explain "the difficulties that arise when one nation imports from another and exports to another its forms of organization" (FERRAZ JR., 2002). Moreover, he continues:

The so-called modernization of the law comes across specific problems which, among nations, generate barriers of mutual understanding in the face of the use of different codes to decipher the same message.

However, these factors do not prevent this legal transplantation tendency from happening, and it is not recent. The reform of the Criminal Procedure Code in 2008 (Law No. 11,690/08) had already imported some exclusionary rules of illegal evidence outlined by the Supreme Court of the United States (SCOTUS). Furthermore, elements of negotiated justice in the Brazilian legal system go back to the Heinous Crimes Act (Law No. 8.072/90), which in article 8º provided for the reduction of the prison sentence to the participant who denounces members of his criminal organization to the authorities.

This scenario instigates to adopt new lenses to look at the problem. It is necessary to discuss the limits of legal transplants and the possibilities of adapting these institutes to the Brazilian criminal justice system. This article proposes to problematize the matter from the dual perspective of Justice and Vengeance.

This article intends to discuss the adaptability of the US anti-corruption institutes that inspired some of the Ten Measures Against Corruption to the Brazilian legal system. It is designed to problematize the justification (“*juris facere*”) of these measures, to discuss whether they are justified², or rather, whether they bring J.

The questioning of these measures’ justification will take place through the study of various notions of justice, seeking to identify the Justice/Vengeance dichotomy present in each institute that highlights and explains the contradictions inherent to the legal transplantation of these institutes.

The identification of elements of Justice and Vengeance might help provide a holistic understanding of the two criminal systems and may help bring out the deeper motives for the existing criticisms and enrich the discussion about the (in)compatibility between the US anti-corruption institutes and the Brazilian legal system.

The objective of this article is to subject to peer evaluation this Justice/Vengeance approach to the legal transplant of US anti-corruption institutes into Brazilian law.

To this end, these articles chose to analyse three anti-corruption measures proposed by MPF, which have equivalents in the US legal system: corruption as a heinous crime according to the value of the

² Interesting to take notice of the fact that one of the meanings attributed to the Greek verb δικαιοῶ (dikaiōo – to justify) is to bring justice.

damages it caused (Measure 3) the leniency agreement (Measure 5.3); and adjustments in the exclusionary rules (Measure 7).

The next section introduces the three measures and the US anti-corruption institutes MPF used as source of inspiration, and the Third Section presents the leading critics to these measures. The Fourth Section addresses the difficulties regarding legal transplantation between legal systems based on different premises. The Fifth section demonstrates how different notions of Justice can contribute to the understanding of the challenges involved in the legal transplants.

2 The transplanted institutes of North American law

This article analyses three United States anti-corruption institutes that MPF suggested being introduced into the Brazilian legal system through the Ten Measures Against Corruption. The Third Measure establishes that, in the case of economic crimes, the prison sentence be proportionally increased according to the advantage received or the amount of damage caused to the Public Administration, reproducing US parameters. The bill's justification makes direct reference to the 2014 US Sentencing Commission's Guidance Manual (DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO).

The Fifth Measure, leniency agreement, has already been incorporated to the Brazilian legal system by the Brazilian Anti-Corruption Law, through the Provisional Measure No. 703/2015, issued by the Federal Executive Branch. This measure intends to amend the Administrative Improbity's Law (AIL) and set forth the leniency agreement. Likewise, in the United States, the Department of Justice publishes guidelines on its anti-corruption and cartels policies, stipulating the conditions that grant advantages to those who collaborate with the investigations (EUA).

The Seventh Measure seeks the legal transplantation of SCOTUS' exclusionary rules. SCOTUS jurisprudence stipulates under which circumstances evidence will be considered unlawful and not be accepted in the criminal procedure. However, SCOTUS has provided for cases in which illicit evidence will be admitted, excluding its illegality. Those are the Exclusionary Rules. According to the bill's justification for the Seventh Measure, "there are several other causes excluding the illegality of the evidence, already admitted by SCOTUS, that the Brazilian law has not yet introduced, and the project intends to correct that" (DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO).

The next section presents the leading critics these three Measures received, concerning their impact on the criminal procedure fairness, the Brazilian constitutional rights and even the democratic bases.

3 The Criticisms of Legal Transplantation

The legal transplantation of United States anti-corruption institutes foreseen in the Ten Measures Against Corruption is not exempt from criticism. Critics centralize in the violation of constitutional guarantees such as the presumption of innocence, due process of law, the lawfulness of the evidence in the criminal procedure and the distribution of the burden of proof (TARDELLI, 2015).

From the perspective of the Boletim IBCCrim No. 277, the Ten Measures Against Corruption represent a punitive setback due to the “thoughtless legal transplantation of foreign legal institutes,” the unprecedented increase in penalties and the legal changes threatening constitutional guarantees (EDITORIAL, 2015).

The Third Measure establishes a model of “mobile frame of punishment” that increases the applicable years of prison sentence according to the amounts of advantage obtained or damage caused. This increase leads to disproportionality: for second-degree murder (*homicídio simples*) the prison sentence would range from 6 to 20 years, and for embezzlement (*peculato*) the sentence would range from 10 to 18 years (PRADO, 2015). Adopting this proportion, killing and stealing would be equally serious crimes.

The Fifth Measure is about leniency agreements. It receives severe critics for expanding the margins for consensus in the criminal procedure based on utilitarian, pragmatic, and efficiency factors. The innovation of negotiated justice implies a procedural utilitarianism and seizes maximum efficiency.

As a consequence, there is a reduction of the judge’s role to a mere ratifier and “the repressive violence of the sanction no longer goes through the judicial control nor the sanction is submitted to limits of legality” (LOPES JR., 2016).

In this context, the superiority attributed to the Public Attorney’s Office is criticized. Negotiated justice’s sanctions are voluntarily agreed upon in the solving of the criminal conflict (CAVALI, 2017). The Public Attorney’s Office has powers to settle an agreement. Prosecutors also can determine the truth of the facts, since they choose who to settle with and who to investigate and prosecute. Therefore, they tend to settle with those whose terms confirm the hypothetical narrative of the facts that they have previously mentally formulated (BADARÓ, 2017). Some believe this power may be used as a means of psychological pressure and coercion of the defendant (LOPES JR., 2016).

Critics of the Seventh Measure arises from the bill's justification. It states that the current concept of illegal evidence is "too broad" and allows the evidence to be declared illegal due to "non-compliance with a simple formality, however insignificant it may be." For Badaró, criminal procedure formalism is not useless but a safeguard to the due process of law.

The author also points out that the exceptions to evidence's illegality, which takes into account the good faith of the police officer, or of whoever presents illegal evidence along with information of a crime occurrence, give to these individuals immense leverage and discretion. Badaró argues that the agent's intention cannot determine the legal nature of the evidence. He reinforces his critic by pointing out the difference between the Brazilian and North American systems of justice.

In the US, the Supreme Court has, in several cases, admitted unlawfully obtained evidence because it understood that the damage caused by the violation of the due process was appreciably smaller than the gain brought by the illegal evidence (MOREIRA, 2000). Moreover, the Supreme Court claims that the indiscriminate application of the rule of law would allow guilty defendants to walk free from a trial (LEGAL INFORMATION INSTITUTE). Furthermore, the purpose of the US Exclusionary Rules is to set standards for Police officers and prevent police misconduct and not to protect citizen's rights (GLOECKNER, 2015). The final critic is that the Seventh Measure Article 564 sets forth that no action shall be declared null and void if the illegality does not damage the Prosecutor or the Defendant, in explicit consideration of costs and benefits.

The critics above demonstrate the legal and constitutional obstacles encountered in the legal transplantation of anti-corruption institutes from a model of constitutional democracy that considers fundamental rights and principles differently. The next section provides the context necessary to understand a possible common origin of these critics: the different legal and philosophical premises each legal system adopts.

4 The context of the legal transplantation critics

The context of the critics mentioned above is the difference between the philosophical and legal schools of thought, in criminal and procedural matters, that support the Brazilian and North American legal systems.

The institutes to be transplanted from the North American system have liberal and utilitarian/contractual principles typically attributed to that country. These principles reflect on the significance of the parties' autonomy and will in the North American criminal procedure, which designs a model of negotiated criminal justice. Regarding the Fifth

Measure, for example, the North American consensual or contractual view of the criminal procedure makes the negotiation of leniency agreements possible.

These principles also reflect on the preponderance of the prosecutor and defendants' role in producing evidence, in detriment of the judge's, which influences the burden of proof's distribution and the procedural dynamics. Moreover, it reflects on the sense of the criminal procedure as more private and less public, conceiving the punitive ability of the Public Attorney's Office as a personal right, which could be negotiated despite the criminal procedure.

The influence of those principles has impacts on the sanction's general preventive function. According to the general preventive function, the criminal sentence has the power to influence the free will or fear of the individual, his rational thinking, in a society. According to that, the individual compares the advantages and disadvantages of committing the crime all the time and, therefore, is concerned with the sanction's proportionality and its intimidating effect (BITENCOURT, 2011).

On the other hand, other legal systems have a stronger ethical concern about retribution, related to a philosophical background closely associated with Christian morality (BITENCOURT, 2011), that prefer not to negotiate the non-application of punishment. The sanction is conceived as an evil that must be imposed for the perpetrator to expiate his guilt (BITENCOURT, 2011). In this context, the sole function attributed to the sentence is to carry out Justice. The sanction should be applied because there was an infringement of the law, and it must observe the type and extent of the violation (*ius talionis*) (BITENCOURT, 2011).

Regarding the Seventh Measure, for Ricardo Gloeckner, the change in what is considered illegal evidence creates a "new order of principles" that intends to use all procedural acts, reflecting a utilitarian view (GLOECKNER, 2015). This change would transform the procedure into a tool for sentencing punishment, and the due process would be concerned about granting efficiency and not the due process of law. The criminal procedure would become obstacles, and the goal would be to abolish any adverse consequences arising from the disregard of the due process, such as the illegality of the evidence.

On the other hand, the Brazilian legal system is based on a view of the criminal procedure that does not grant to the Public Attorney's Office the power to decide how to use the State's punitive ability. This power is part only of the judge's potestative right and, therefore, there are no repressive powers outside a criminal procedure.

Consequently, the criminal procedure is the only way to punish an individual, making it especially important to guarantee the full right of defense. The criminal procedure is where the defendant will argue his innocence, counting on the judge to grant the due process of law.

The different principles that influenced the construction of the Brazilian and North American legal systems demonstrate the difficulties involved in the legal transplantation of anti-corruption institutes.

The philosophical premises presented above offer another perspective to face the problem. This perspective takes into account, in one side, the yearnings of society for the sentencing of punishment and the end of impunity and, on the other hand, the fears of the defenders of threats to constitutional guarantees, such as the due process of law and the full right of defense.

In the next section, this new problematizing perspective looks at the Ten Measures Against Corruption in a raw and straightforward manner, in terms of Jand Vengeance.

5 Theories of Justice and the dilemma Justice vs. Vengeance

The last sections introduced some of the critics regarding the legal transplantation of United States anti-corruption institutes into the Brazilian legal system and how it is rooted in the different philosophical premises the two legal systems adopt. The next section provides a problematizing perspective to the Ten Measures Against Corruption departing from the analysis of different notions of Justice, which can help understand the challenges involved in the legal transplantation.

5.1 Corruption as a heinous crime according to the extent of damages caused (3rd Measure)

A possible approach to understanding the Third Measure may be to differentiate vertical and horizontal retributive Justice models. The vertical Justice model presupposes a hierarchy to be protected and maintained, and the Justice system aggressively strikes back on a threat made to this hierarchy. The sanction acts as the restoration of the State's wounded sovereignty.

It makes perfect sense to apply this model when dealing with the proportional increase of the sentence according to the amount of damage caused to the Treasury. The sanction would play the role of reaffirming the Public Administration's supremacy over its citizens, lecturing them on the consequences of the crime (FERRAZ JR., 2002).

The sanction also assumes the role of purification, cleaning stains on the morality and credibility of the Public Administration. To frame

the conduct that caused extensive damages to the Treasury as a heinous crime would mean the elimination of evil, the final solution to a “*polis* illness” similar to the meaning Plato gave to the death penalty (FERRAZ JR., 2002).

After all, a heinous crime is imprescriptible and, at its origin, did not even allow the prison regime’s progression. The imprisonment excludes the individual for long years, and clears the person from Society, denying the right to life almost as much as the death penalty does.

This model also elucidates the critics on the inclusion of corruption in the list of heinous crimes. Alberto Silva Franco points out this legislative proposal violates the constitutional principle of proportionality, which requires a weighing judgment between the seriousness of the fact and the severity of the sanction (PRADO, 2015). It violates that principle because it punishes offenses against property with harsh prison sentences and “fantastic severity” in comparison to crimes against life and physical integrity. A homicide sentence would range from 6 to 20 years and an embezzlement sentence from 10 to 18 years (PRADO, 2015).

There is a difference in sentencing punishment by weighing acts and sanctions according to a proportionate ratio, and by giving in to emotions and vendetta sentiments. The first is attributed to horizontal Justice and the second to vertical Justice, more associated with Vengeance. Vertical Justice is more linked to intense emotions and the application of severe sanctions that aim at restoring honor and morality and not to compensate and reconcile.

5.2 The Leniency Agreement (5.3 Measure)

Hobbes’s view of Justice as a virtue linked to contracts offers provides a useful concept to understand Leniency Agreements. The nature of Justice would consist of keeping an agreement. The respect to the agreement, in turn, would arise from the fear of returning to the status of chaos and violence reigning before the contract signing: only after the conclusion of an agreement, there is a place to discuss the just and the unjust.

Before the negotiation and settlement of any given leniency agreements, a company involved in wrongdoings is concerned about the consequences of the Public Attorney’s Office prosecution and possible punishment. That tends to lead it to choose to be bound by a contract with the Public Attorney’s Office.

Tércio Sampaio points out that “the value of the contract’s object is measured first by the appetite of the contractors and the fair value depends on what the parties are willing to give” (FERRAZ JR., 2002, p.

224). The Prosecutor's appetite for the evidence to be obtained, the facts to be clarified and the individuals to be indicted based on the agreement will determine the benefits he is willing to offer.

On the other hand, substantial evidence and new information concerning potential wrongdoings will give the company an advantage to negotiate. To balance the agreement, the Prosecutor tends to offer a proportionally better reward.

5.3 Adjustments in criminal nullities against impunity and corruption (7th Measure)

Another valuable perspective to analyse the Seventh Measure is the concept of Justice as a code of legal and political messages that can be divided into two typological possibilities: formal Justice, associated with a code provider of a robust meaning, and material Justice, associated with a code provider of a weak meaning (FERRAZ JR., 2002).

In the communication game, the robust and weak meanings establish changing dynamics in the composition of a legal system. One or another meaning can predominate, and thus play a role in the vagueness and ambiguity (weak code) or the univocal sense of orientation (robust code) of the legal system (FERRAZ JR., 2002).

Material Justice, dominated by formal codification, emphasizes accuracy, consistency, and obedience to ritualisms given the collective interest. It means "the burdens of planning, directing, and governing are considered to be instrumental for attaining the ends of material Justice" (FERRAZ JR., 2002, p. 240).

On the other hand, "the prevalence of the weak code over the robust code transforms the proportionate equality criteria into an imprecise and broad form of Justice." Justice's most relevant criteria are "proportionate equality in terms of concrete and casuistic Justice" (FERRAZ JR., 2002, p.243).

Applying this perspective to Seventh Measure, the Brazilian criminal procedure law is a legal system where the robust code (formal Justice) prevails, favoring the observance of rituals and rules of procedure, with little room for ambiguity and vagueness.

The prevalence of material Justice allows cost-benefit judgments, opening space to vendetta sentiments to pour out. Judges might casuistically apply flexible principles in the analysis of the illegality of evidence and the weight of the damages caused to the parties due to the disregard of the evidence's illegality. The use of the weak code (material Justice) also gives rise to broader principles, such as the good faith of the

police officer who obtained the evidence or the citizen who instructed news of a crime with evidence illegally obtained.

6 CONCLUSION

This article aimed at adopting a different perspective to analyze United States anti-corruption legal institutes that MPF intends to transplant into the Brazilian legal system. This perspective designed to bring to light some elements of Justice and Vengeance identified in those institutes.

This Justice vs. Vengeance approach is relevant because criminal law is especially sensitive to demands for retribution to the suffering caused and repair to the victims, often associated with the idea of Vengeance. On the other hand, criminal law, and especially anti-corruption measures are very concerned about mitigating impunity and providing an adequate response to the society's outcry for Justice. A representation of this concern is the nearly two million signatures collected for supporting the Ten Measures Against Corruption submission to the Congress as people's initiative bill.

The article presented the richness of this debate. The next step is to develop a robust methodology and test the possible approaches regarding the legal transplantation of United States anti-corruption institutes into Brazilian law. This article intended to that end, to examine the Justice vs. Vengeance perspective.

In projecting the future of this research, the plan is to study Justice by systematizing what different senses of Justice could be used and investigate what could be considered right and just in a criminal justice system. The purpose of this study is to seek the reasons, just or revengeful, behind the distribution of goods (bargains and agreements) and evils (sanctions and fines) according to different senses of Justice and its values, duties, and goals.

The study of various models and conceptions of Justice will help identify and explain the Justice vs. Vengeance dichotomy that this article claimed to have found in each anti-corruption institute presented above. The study will also be useful to highlight the challenges inherent in the legal transplantation of these institutes into the Brazilian law and the necessary adaptation to the Brazilian legal system and justice model.

7 BIBLIOGRAPHY

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não

epistêmica? In: Colaboração Premiada, 2017. Revista dos Tribunais. p. 127-184.

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2017. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal; as Leis nºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de jul. Accessible on: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>>. Accessed in: 24 Apr 2018.

CASARA, Rubens R. R.. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.21-23.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013 In: Colaboração Premiada, 2017. Revista dos Tribunais. p. 255-274.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? In: Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.02-03.

CRUZ, Flávio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.04-05.

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Apresentação. Accessible on: <<http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso in: 24 Apr. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. National Archives e Records Administration. Code of Federal Regulations. Título 18. Conservation of Power and Water Resources. 2017. Accessible on: < <https://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionCfraction?collectionCode=CFR&searchPath=Title+18&oldPath=Title+18&isCollapsed=true&selectedYearFrom=2017&ycord=640>>. Accessed in: 24 Apr. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. National Archives e Records Administration. Code of Federal Regulations. Título 21. Food and drugs. 2017. Accessible on: < <https://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionCfraction?collectionCode=CFR&searchPath=Title+18&oldPath=Title+18&isCollapsed=true&selectedYearFrom=2017&ycord=640>>. Acesso em: 24 Apr. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S Sentencing Commission. Federal Sentencing Guidelines Manual. 2014. Accessible on: < <https://www.ussc.gov/guidelines/guidelines-archive/2014-federal-sentencing-guidelines-manual>>. Acesso em 24 Apr 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. United State Attorney's Manual. 2017. Accessible on: < <https://www.justice.gov/usam/usam-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977>>. Acesso em: 24 Apr 2018.

EDITORIAL todos contra a corrupção. Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. 1, dez. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Fábrica produtora de etiquetas. Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. 9-11, dez. 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Anticorrupção ou corruptibilidade? In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.19-20.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Coleção Os pensadores, vol. XIV. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril cultural, 1974.

JANSSEN, Kim. Operation Greylord's hero undercover lawyer to get Hollywood moment. Chicago Tribune, 2017. Accessible on: <<http://www.chicagotribune.com/news/chicago-inc/ct-crook-county-greylord-movie-0120-chicago-inc-20170119-story.html>>. Accessed in: 24 Apr. 2018.

JOHNSTON, David. F.B.I.'s Focus on Public Corruption Includes 2,000 Investigations. New York Times, 2006. Accessible on: <<https://www.nytimes.com/2006/05/11/washington/11fbi.html>>. Accessed in: 24 Apr. 2018.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. United States v. Leon. Cornell Law School. Accessible on: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>>. Acesso em: 24 Apr. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo, Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica. São Paulo, Saraiva, 2017.

PRADO, Geraldo. Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição... In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.10.

PRADO, Luiz Régis & BITTENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de Direito Penal; Parte Geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 19, 2000. Accessible on: <<http://www.idclb.com.br/revistas/revista19.html>>. Acesso em 24 Apr. 2018.

TALE, Camilo. Comentario a La ciência de la justicia (Dikelogia). Revista Notarial, nº56, 1988. Accessible on: < <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-57-1989-13-Bibliografia.pdf>>. Acesso em: 24.04.2018.

TARDELLI, Brenno. Especialistas de peso condenam “medidas contra a corrupção” propostas pelo MPF. Justificando, 2015. Accessible on: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/12/10/especialistas-de-peso-condenam-medidas-contr-a-corrupcao-propostas-pelo-mpf/>>. Acesso in: 24 Apr. 2018.

A RELEVÂNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA A PROMOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

UMA ANÁLISE DO MODELO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, RESPONSABILIDADES ADVINDAS DA MÁ GESTÃO E O INSTITUTO CAPAZ DE PROMOVER SUA MELHORIA

Andressa Lameu¹

RESUMO

O presente trabalho tem como temática a boa Administração Pública, oriunda da aplicabilidade eficaz do processo administrativo disciplinar. Estabelece linhas gerais sobre o modelo de Administração Pública considerado atualmente vigente no sistema brasileiro, além da importância do Estado na prestação dos serviços públicos e a consequente insegurança coletiva dos seus administrados quando os mesmos não são prestados com presteza. Todavia, depreende-se, pelo analisado, que na atual conjuntura organizacional brasileira, é primordial que haja uma intervenção estatal, via processo administrativo disciplinar (de forma equilibrada), com fins à melhoria da prestação dos serviços públicos, com o intuito de fortalecer os direitos de seus administrados, trazer segurança aos mesmos (e até mesmo para a própria Administração) e realizar, a valer, uma boa Administração. **Palavras-chave:** Administração Pública. Processo Administrativo Disciplinar. Boa Administração.

ABSTRACT

The present academic essay has as its theme the good Public Administration, arising from the effective applicability of the administrative disciplinary process. It establishes general lines on the model of Public Administration considered currently in force in the Brazilian system, besides the importance of the State in the provision of public services and the consequent collective insecurity of its administered when they are not provided with promptness. However, it is clear from the analysis that, in the current Brazilian organizational context, it is essential that there be a state intervention through a disciplinary administrative process (in a balanced way), with the purpose of improving the provision of

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD.

public services, with the aim of strengthening the (and even for the Administration itself) and carry out, in effect, a good Administration.

Keywords: Public Administration. Administrative Disciplinary Process. Good Administration.

1. INTRODUÇÃO

O Estado, através de seus agentes, deve ter toda sua atuação pautada e direcionada aos interesses pertencentes à coletividade e é nesse contexto que a Administração Pública se destaca, entretanto, esta necessita transformar-se e adequar-se à esta realidade, buscando a maximização da qualidade da prestação do serviço público e do atendimento dos cidadãos.

Neste ponto, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional ofertam uma série de princípios, requisitos e garantias mediante os quais é possível depreender-se o que, de fato, seria uma boa Administração Pública, ainda que esse direito não tenha escopo expresso no ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, destaca-se que o ponto de análise do presente trabalho parte da responsabilidade estatal de bem administrar e fiscalizar seus agentes de forma a aumentar, gradativamente, sua credibilidade perante a sociedade com relação à prestação dos serviços públicos até a possibilidade de se converter em uma boa Administração regulada pelo instituto do processo administrativo disciplinar, capaz de apurar irregularidades e atos ilícitos praticados pelos agentes públicos no exercício de sua função, se sua utilização for usada de forma criteriosa e não de forma indiscriminada, visto que o processo administrativo disciplinar recai sobre o servidor, que passa a ser acusado, produzindo efeitos negativos ao mesmo.

Assim, a proposta de pesquisa sobre a Administração Pública e o processo administrativo disciplinar em si, demonstra que o último é um instrumento necessário na busca do atendimento às necessidades básicas da coletividade, visto que pode se controlar a efetividade da prestação dos serviços públicos por meio de fiscalização e, se necessário, punição de seus prestadores. Enfatiza-se que o processo administrativo disciplinar só deve ser aberto quando houver razoabilidade e devida motivação, não devendo ser realizado a todo custo ou ordem.

Traça-se, assim, uma proximidade (e até uma interdependência) entre dois conceitos distintos: processo administrativo disciplinar e boa Administração Pública (como um efeito secundário do próprio processo administrativo), sendo o primeiro um método capaz de promover a melhoria contínua da última, se não utilizado de forma desenfreada, por meio da renovação do quadro funcional (por servidores realmente interessados em atender a um bem maior: o cidadão), diante de

punições aos servidores que cometam atos ruins à Administração e seus administrados, como mostram os dados quantitativos da Controladora Geral da União (CGU).

O tema apresentado estabelece uma linha de entendimento entre os pontos abordados e sua interdependência, por meio da análise das diretrizes, dispositivos legais e estudos desenvolvidos por doutrinadores e pesquisadores com relação à Administração Pública considerada atual no sistema brasileiro, bem como a prestação dos serviços públicos e a responsabilidade estatal quando há a má prestação dos mesmos, seguida pela análise do instituto de fiscalização e regulação estatal denominado de processo administrativo disciplinar e, por fim, sua relevância para a promoção da tão almejada boa Administração Pública, sendo este também o caminho sob o qual se divide o presente artigo.

Cumprе ressaltar que não é intenção deste trabalho o esgotamento do assunto em seu todo, até mesmo em decorrência das dificuldades encontradas para exemplificar o que seria, de fato, uma boa Administração Pública, em razão de não ser um princípio expreso no ordenamento jurídico brasileiro, mas implícito em outros tantos.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS FALHAS NA CULTURA ORGANIZACIONAL

2.1 - Conceito e considerações sobre Administração Pública Gerencial

O sistema gerencial, ou Nova Administração Pública, surge na década de 90², rompendo com os modelos burocrático e patrimonialista anteriores, numa tentativa de dirigir melhor a Administração Pública, buscando atender de forma perspicaz e democrática a sociedade, com resultados eficazes no serviço público, visto que os cidadãos passam a ser vistos como clientes dele, ou seja, a gestão pública passa a ser orientada e direcionada para estes. O autor Francisco Mafra (2005, n.p.) quanto à Administração Gerencial explica:

A administração gerencial repousa em descentralizações política e administrativa, a instituição de formatos organizacionais com poucos níveis hierárquicos, flexibilidade organizacional, controle

² Considerando que a proposta de análise é de se traçar uma crítica ao modelo atual, o presente trabalho de pesquisa não fará maiores aprofundamentos sobre a história e modelos da administração pública experimentadas no Brasil e em outros lugares do mundo, se restringindo apenas ao modelo que (em tese) está se implementando no sistema brasileiro. Para maiores aprofundamentos históricos sugere-se a leitura de "MAFRA., Francisco. Administração pública burocrática e gerencial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503>.e MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011, p.30-31".

de resultados, ao invés de controle, passo a passo, de processos administrativos, adoção de confiança limitada, no lugar de desconfiança total, em relação aos funcionários e dirigentes e, por último, uma administração voltada para o atendimento do cidadão e aberta ao controle social.

Sob o prisma de Nascimento (2010, p. 09-10) é possível observar que:

A Administração Pública gerencial orienta-se para resultados; é voltada para o cidadão; combate o nepotismo e a corrupção; não adota procedimentos rígidos; define os indicadores de desempenho; utiliza contratos de gestão [...] busca de meios capazes de enfrentar a crise fiscal do Estado” como “estratégia para reduzir custos e tornar mais eficiente a administração dos serviços que cabem ao Estado” e “como instrumento de proteção ao patrimônio público.

Dentre suas principais características, a modernização dos critérios de aplicação do controle dos serviços públicos deve ser vista como a principal, já que se alterou a forma de atuar da administração e as relações estabelecidas entre o Poder Público, seus servidores e a sociedade. Entretanto, tais mudanças estão longe de alcançar sua plenitude (já que a máquina pública ainda é extremamente burocrática) necessitando constantemente de transformações e adequações à nova realidade adotada pelo sistema gerencial, resultando, assim, na maximização da qualidade da prestação do serviço público e aumento do crédito que atualmente lhe atribuem (SOUZA E MELLO, 2012, n.p.).

O autor Diogo de Figueiredo (2000, p. 179-182), na mesma linha, aponta:

O avanço da consensualidade e dos consequentes mecanismos de coordenação – a cooperação e a colaboração – leva à valorização dos resultados da ação administrativa, ou seja, passa-se a considerar que tão importante quanto a administração submissa à legalidade (a busca da eficácia), deve ser a boa administração, fiel à legitimidade (a busca da eficiência), em que definem ambas, tanto a eficácia como a eficiência distintos e covalentes direitos subjetivos públicos do administrado.

Desta forma, é evidente que a qualidade insatisfatória do serviço público perpetua (rá) a descrença com relação ao que pode ser ofertado pelo Estado, uma vez que é nítida para a sociedade a correlação e dependência das organizações públicas com o governo, que fixa seus objetivos e disponibiliza os recursos necessários, ainda que elas tenham autonomia na direção dos seus negócios.

Percebe-se, pelo exposto, ser primordial a ruptura do ciclo vicioso de frustração entre os prestadores destes serviços públicos e seus usuários, originada da desvalorização das carreiras públicas por várias décadas, onde ser funcionário público era sinônimo de incompetência e o Estado

de burocracia. Apesar da suscetibilidade das organizações públicas à interferência governamental, a dificuldade com inovações e mudanças, a observância de valores e políticas de recursos humanos, impessoalidade na atuação do agente e fatores que trazem prejuízo ao crescimento e andamento do serviço público, torna-se imprescindível o redescobrimento da necessidade de zelar por este. Já dizia Thomas Jefferson, citado por João Batista de Siqueira Santos (2011, p. 6): “Quando um homem assume uma função pública, deve considerar-se propriedade do público”.

O servidor público³ é peça fundamental, sendo o intermediador entre órgão público e sociedade, devendo sempre agir de acordo com os princípios da administração pública (previstos no art. 37 da Constituição Federal) e ser revestido de legitimidade e conduta ética, pois agindo assim, trará ao serviço público características tão almejadas pela população como, por exemplo, seriedade, transparência, eficiência. Porém, o que se pode observar, ainda, são condutas incoerentes com aquilo que a sociedade deseja e a legislação prevê. Segundo Frederickson, citado por Lino (2008, p. 29):

A diretriz mestra da nova administração pública é desenvolver nos funcionários um compromisso com a construção de uma sociedade mais preparada para enfrentar demandas contextualizadas em uma era de mudanças. A grande tarefa a ser realizada compreende, entre outros aspectos, a revisão dos serviços de atendimento ao público com vistas a sua maior eficiência e humanização. Isso implica repensar profundamente os modelos organizacionais vigentes.

O autor Meirelles (1998, p.90-91) por sua vez afirma que:

Eficiência é o que se impõe a todo agente público ao realizar suas atribuições com presteza. Perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Sendo assim, com a finalidade de erradicar a problemática em questão, o aperfeiçoamento permanente do agente público cominado aos princípios norteadores que regem a Administração Pública – legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade, publicidade, razoabilidade e eficiência – são vitais para assegurar a melhoria na qualidade do serviço público, garantindo à sociedade o efetivo resultado de suas necessidades.

Quanto ao aperfeiçoamento do corpo administrativo, é indispensável que haja não somente a devida formação e valorização do mesmo,

³ O servidor público é titular de cargo público (conforme artigo 37, inciso II da Constituição Federal), provido mediante concurso público, e mantém uma relação estatutária com a Administração, ou seja, são regidos por um estatuto, o qual define direitos e obrigações ao mesmo.

mantendo-o constantemente motivado, e por consequência competente e produtivo, mas também a superação de características históricas instaladas na Administração Pública, já mencionadas. Nesse sentido, o conhecimento do perfil de seus servidores, treinamento de acordo com as competências individuais e coletivas, políticas incentivadoras de produtividade, valorização da eticidade, desenvolvimento da sensibilidade social e a fiscalização das condutas de seus agentes públicos de forma constante contribuem para a estruturação administrativa tão desejada (SOUZA E MELLO, 2012, n.p.).

Portanto, torna-se gradativamente mais clara a importância da efetivação dos interesses sociais e a tutela estatal sobre estes com o intuito de afastar as falhas da cultura organizacional instaladas no Brasil, sendo que essa transformação do servidor deveria, em tese, partir do Estado, já que o mesmo responde civilmente pela ineficiência do serviço do qual é titular, devendo fiscalizar/sancionar àqueles que ajam de forma contraditória aos deveres da administração pública e investir/valorizar aqueles que estão em conformidade com o interesse público e da sociedade.

2.1.2 – Dos serviços públicos e o dever de bem administrar

Dentro dessa nova dinâmica projetada para a Administração Pública, a compreensão dos serviços públicos, dos propósitos da atividade de administrar bem e dentro de uma base principiológica, envolve o conceito da boa administração como norte. Na concepção da autora Di Pietro (2016, p. 139), o serviço público é:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Neste sentido, Rivero (1981, p. 501-503) citado por Di Pietro:

Existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos: o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.⁴

Desta forma, cumpre dizer que o serviço público é sempre de dever do Estado (seja sua criação ou gestão), conforme preceitua o artigo 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, devendo ser sempre contínuo,

⁴ Além dos princípios elencados, cumpre adicionar outros mencionados na Lei nº 8.987/95, onde, em seu artigo 6º, §1º, considera-se serviço adequado aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas”.

mutável para sempre se adequar ao interesse público e sem qualquer distinção quanto aos que dele se utilizarem.

Além do dever estatal de criar e gerenciar os serviços públicos, resalta-se que o mesmo deve prestá-los com presteza e probidade, visto que, caso não o façam, de nada adiantaria a mera concessão dos serviços, pois a finalidade única da prestação deve ser a satisfação dos interesses de seus usuários, os quais constantemente não estariam satisfeitos, bem como poderiam ser prejudicados com uma demora exacerbada na prestação dos serviços ou improbidade administrativa de seus funcionários.

No entanto, infelizmente, o Estado, bem como o Poder Judiciário, são conhecidos historicamente por sua morosidade quanto à prestação jurisdicional, quem dirá quanto à eficiente prestação de serviços públicos, perdendo sua credibilidade no que tange aos danos causados à sociedade e passa a ser responsabilizado civilmente com o decorrer do tempo sobre as lesões sofridas pelos usuários do serviço público (HUPFFER, 2012, p. 109-130).

2.1.3 – Da responsabilidade civil do Estado na má ou não prestação do serviço público

A responsabilização civil do Estado se desenvolveu até a chamada Teoria do Risco, em vigor atualmente, após quatro fases (AVELINO, 2016, p. 407-418) caracterizadas por: irresponsabilidade⁵ absoluta do Estado por seus atos, responsabilização civil do Estado com relação a danos decorrentes de atos de seus servidores (Teoria da Responsabilidade Subjetiva⁶ ou da Culpa Administrativa do Preposto), responsabilidade civil do Estado quanto ao funcionamento de seus serviços (Teoria da Falta Impessoal do Serviço Público⁷) e, por fim, a responsabilização objetiva do Estado, inaugurando a denominada Teoria do Risco⁸.

Ao estudá-la observa-se que aqui a Administração Pública responde objetivamente quanto às lesões causadas aos cidadãos, por ações ou omissões, independente de dolo ou culpa, visto que de qualquer forma é

⁵ Na primeira fase da responsabilização civil o Estado era inatingível (absoluto em todos os sentidos) e, portanto, não respondia por qualquer ação/omissão praticada por ele ou por seus agentes.

⁶ Na Teoria da Responsabilidade Subjetiva o Estado passa a responder civilmente, tendo o dever de reparar danos cometidos mediante atos de seus servidores, sendo necessária a comprovação de culpa ou dolo dos mesmos (essa teoria não abrangeu as ações/omissões estatais).

⁷ Com o surgimento da Teoria da Falta Impessoal do Serviço Público, passou a ser admitida a responsabilidade estatal quanto ao funcionamento de seus próprios serviços, além do dever de reparar danos cometidos por seus servidores, sendo também necessária a comprovação de dolo ou culpa por parte do Estado ou do servidor.

⁸ A doutrina diverge quanto à Teoria do Risco, no que diz respeito à adoção pelo sistema brasileiro da Teoria do Risco Administrativo (majoritariamente) ou Teoria do Risco Integral. Para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 623), a teoria do risco administrativo obriga o Estado a indenizar somente o dano

titular do serviço público, bastando a verificação de três elementos – fato administrativo, dano e o nexo entre o fato administrativo e o dano – para ser presumida sua responsabilidade. Entretanto, a Administração Pública poderá, posteriormente, pedir a análise da culpabilidade estatal no caso concreto, podendo entrar com ação de regresso contra o agente público que tenha cometido a lesão, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal (AVELINO, 2016, p. 407-418).

Além da hipótese de culpa exclusiva de terceiro, há outras possibilidades de excludentes de responsabilização, tais como a culpa exclusiva da vítima ou parte contrária e caso fortuito ou de força maior, esta última, no entanto, deve ser observada com maior cautela, visto que casos de falta de recursos humanos são costumeiramente enquadrados nesta excludente, sendo que é obrigação do Estado prover aparelhagem adequada e quantitativo suficiente de servidores públicos para o atendimento das demandas da sociedade, devendo ser intolerável essa utilização para fins de escusa do dever de indenizar aqueles que forem lesados pela Administração Pública.

Cumpre ressaltar que a omissão advinda da Administração promove a perda de direitos garantidos e a desordem social, indo de encontro aos princípios constitucionalmente previstos, logo, é de suma importância que o Estado não se omita do dever de zelar pelo serviço público. Hans Jonas (2006, p. 168), quanto ao dever e poder do Estado, diz: “O exercício do poder sem a observação do dever é, então, irresponsável”.

Em outras palavras, o Estado não tem o direito de arriscar o interesse do coletivo com atitudes omissivas, sejam essas genéricas ou específicas. Quanto às omissões genéricas, se dão nos casos em que um serviço não funciona, ou seja, o dano surge da falta do serviço público ou do seu mal funcionamento ou funcionamento tardio. De outro norte, as omissões específicas surgem quando a inércia administrativa ocasiona diretamente o dano, havendo um serviço que funciona deficitariamente.

Quando se fala em responsabilidade civil do Estado, fala-se em atuação do servidor público obrigatoriamente, porque é por intermédio deste que as ações estatais são praticadas, desta forma, a Administração Pública deve adotar e implementar condutas entre seus agentes com a finalidade de evitar possíveis comportamentos que causem qualquer espécie de dano ou atos omissivos que criem situações em que a Administração tinha o dever de impedi-los e não o faz, originando eventos passíveis de ação de

de ato lesivo e injusto causado à vítima, enquanto que a teoria do risco integral obrigaria o Estado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultantes de culpa ou dolo da vítima.

responsabilidade civil contra o titular do serviço público, ou seja, o Estado (HUPFFER, 2012, p. 109-130).

A grande jogada de qualquer boa gestão pública está na capacidade de prever situações e suas consequências, podendo se preparar para evitá-las, contudo, no Brasil, ainda há muito a se fazer para que o Estado tenha realizações efetivas no âmbito administrativo-gerencial. Deste modo, a Administração segue tutelando o interesse público da forma que lhe convém, atuando de forma mais repressiva e descuidada do que preventivamente, devido à sua propensão, infelizmente, por planejamentos a curto prazo (HUPFFER, 2012, p. 109-130).

Destarte, preocupa-se em controlar os comportamentos de seus servidores quanto às suas obrigações funcionais, exercendo a repreensão pelas supostas práticas infracionais de seus agentes, quando ocorrem, submetendo-lhes ao processo administrativo disciplinar, e, por conseguinte, aplicando sanções administrativamente. Segundo Meirelles (1994, p. 96):

O processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vincula a seus serviços ou atividades, definitivas ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina. É um processo punitivo, mas com tais peculiaridades e tanta frequência na prática administrativa que merece destaque dentre seus congêneres, mesmo porque os estatutos dos servidores geralmente regulamentam a sua tramitação para cada órgão ou entidade estatal interessada.

Não obstante, o processo administrativo disciplinar, assim como a Administração Pública, é falho e necessita de adequações de acordo com seus agentes e competências, bem como ações que previnam a ocorrência de quaisquer danos ao principal interessado: o cidadão.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.1 Conceito

Utilizado como forma apurativa de irregularidades perpetradas pelos servidores públicos, o processo administrativo disciplinar surge como um mecanismo regulador e fiscalizador da administração pública e dos resultados que desta se espera para o desenvolvimento completo da gestão pública. Segundo Bacellar Filho (1998, p. 40): “Atualmente a função disciplinar na esfera administrativa é vista como uma relação punitiva especial, a fim de regular a conduta de pessoas determinadas”.

Regulado, primordialmente, pela Lei nº 9.784/99, pode-se dizer que o processo administrativo disciplinar é um mecanismo disponível à Administração Pública para tutelar o interesse público e controlar as atividades de seus servidores, principalmente no que diz respeito ao efetivo cumprimento das obrigações funcionais dos mesmos, devendo ser utilizado com a finalidade de apurar eventuais infrações disciplinares praticadas no exercício de suas atribuições ou relacionadas ao cargo em que se encontram investidos e, por conseguinte, aplicar as sanções cabíveis, atendendo os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, àqueles que as tenham cometido (SANTOS, 2011, n.p.).

Cumprе ressaltar que o processo administrativo disciplinar apura tão somente o ato ilícito administrativo, e, portanto, repercute apenas na esfera administrativa, ainda que apresente coincidências com a intervenção penal, possui traços distintos e aspectos específicos, sendo que seu núcleo conceitual se encontra acostado na falta administrativo disciplinar⁹. Para Meirelles (1994, p. 63):

[...] em tese, seriam três os elementos da falta disciplinar:

- a) um ato ou omissão, ou uma série deles – elemento material;
- b) a sua imputação a uma vontade esclarecida e livre – elemento moral;
- c) a perturbação no funcionamento do serviço público – elemento formal.

Marcelo Caetano, além dos três elementos supracitados, acrescenta outros dois: texto anterior incriminando o fato – elemento legal e perpetração de um ato ou a verificação de um fato, que não deve ter sido praticado ao abrigo da lei – elemento justo (ARAÚJO, 2018, n.p.).

A falta disciplinar deriva de toda ação ou omissão cometida pelo agente público, elencada no estatuto funcional e deve obrigatoriamente ser apurada por ser imprescindível à legalidade e legitimidade da futura punição do servidor, sendo vedada a aplicação de qualquer sanção sem o devido processo legal.

3.2. Fontes e Princípios do Processo Administrativo Disciplinar

⁹ De acordo com o Estatuto do Servidor Público Federal há três modalidades de processos disciplinares, explicitas nos artigos 133, 145 e 149 do referido estatuto, são elas: a sindicância (para infrações leves puníveis com advertência de até 30 dias), o processo sumário (para infrações de abandono e acumulação de cargos, bem como inassiduidade, puníveis com demissão) e processo ordinário (instaurado para apurar qualquer irregularidade, puníveis com qualquer penalidade prevista no estatuto).

Ao se analisar as fontes do processo administrativo disciplinar, podemos elencar a lei, a doutrina, jurisprudência e costumes como o início de tudo, visto que a instauração do processo administrativo somente se dará em razão de infrações/faltas previstas nelas (PIETRO, 2016, p. 57-72 e 771-783).

A lei disciplina a administração pública como regra geral, vinculando todos os atos administrativos em razão do princípio da legalidade, explícito na Constituição Federal em seu artigo 37, caput (bem como no artigo 5º, inciso II).

Cumpra ressaltar que, além da Constituição Federal, as normas decorrentes da mesma são também consideradas como fontes primárias do processo administrativo disciplinar e da Administração Pública como um todo, como por exemplo: leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, leis delegadas, além das ações normativas infralegais (decretos regulamentares, portarias, etc.). Restando como fontes secundárias, ainda que legais, as ações normativas expedidas pelo Poder Público internamente.

A doutrina, por sua vez, é constituída da opinião de diversos estudiosos e suas interpretações sobre as regras do ordenamento jurídico, desta forma, auxilia no preenchimento de lacunas que a legislação possa deixar.

No que lhe concerne, a jurisprudência como fonte do processo administrativo disciplinar serve como exemplo no julgamento deste, por se tratar de decisões “reiteradas” e uniformes prolatadas por juízes e tribunais em casos concretos, tendo força de lei na análise de casos análogos.

Finalmente, dentre as fontes do direito administrativo os costumes perderam espaço com o surgimento do princípio da legalidade por se tratarem de regramentos informais, não escritas, inorganizadas, utilizados principalmente quando a lei tem lacunas em branco sobre determinados assuntos, desde que em consonância com ela.

Todo julgamento e instauração de processos administrativos disciplinares respaldam-se em fundamentação teórica, sendo que os princípios administrativos são norteadores da forma de gerir e agir da Administração Pública, seja esta direta ou indireta. Previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37º, caput, são eles: a legalidade, impessoalidade ou finalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além

da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, segurança jurídica e a primazia do interesse público.¹⁰

De forma apartada, os princípios da legalidade objetiva, oficialidade, publicidade, obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei, gratuidade, atipicidade e ampla defesa e contraditório devem ser respeitados pela Administração Pública, principalmente no que diz respeito aos processos administrativos especificamente (PIETRO, 2016, p. 57-72 e 771-783). Sobre os princípios podem ser destacados os seguintes:

a) O princípio da legalidade objetiva:

O processo administrativo disciplinar deve, obrigatoriamente, sob pena de invalidez, ser instaurado nos termos de uma norma legal, desde o início. Tal princípio possui o mesmo conteúdo do art. 37 da Constituição Federal (princípio da legalidade) e evidencia a submissão estatal à lei.

Lapidado por Di Pietro (2016, p. 96): “Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”.

Por conseguinte, não é possível à Administração a concessão de direitos, criação de obrigações, imposição de vedações aos administrados senão em virtude de lei.

b) O princípio da oficialidade:

Segundo Di Pietro (2016, p. 774-775):

No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução.

[...]

O princípio da oficialidade autoriza a Administração Pública a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

Tal princípio é responsável por movimentar o processo, ainda que não haja provocação realizada pelo servidor, ou seja, após a instauração do processo administrativo disciplinar o andamento das fases processuais é pertinente à Administração Pública, sob possibilidade de decadência

¹⁰ O artigo 111, da CF/88 e o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 complementam o 5º constitucional, também trazem referência expressa aos princípios que devem ser observados pela Administração Pública, além de outras leis esparsas que determinam princípios específicos sobre determinados processos movidos pela máquina pública, como por exemplo Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e a Lei nº 8.987/95 (Lei sobre Concessão e Permissão de Serviço Público).

ou prescrição e responsabilização no caso de negligência/protelação/desinteresse da autoridade frente às infrações cometidas por seus agentes.

- c) O princípio da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei (ou informalismo):

Di Pietro (2016, p. 775) preceitua que:

O processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.

Neste sentido e em concordância com o exposto, estabelece o artigo 2º, incisos VIII e IX da Lei nº 9.784/99 que nos processos administrativos as formalidades devem ser observadas apenas no que diz respeito às essencialidades para a garantia dos direitos dos administrados, ou seja, deve ser adotada forma simples ao processo, desde que suficiente para a segurança e certeza quanto aos direitos dos mesmos.

Além do artigo 2º, o artigo 22 do mesmo Diploma prevê que o processo administrativo não depende de forma determinada, salvo quando a lei exigir expressamente, sendo assim, resta comprovado o caráter menos rigoroso dos processos administrativos comparados aos processos judiciais.

- d) O princípio da publicidade:

Figueiredo (1995, p.34) já dizia:

O princípio da publicidade é garantia constitucional que deriva da cidadania, do Estado Democrático de Direito. Não se concebe que a Administração possa resguardar os direitos dos administrados sem transparência, publicidade, enfim, lisura na comunicação, na informação como um todo.

Aplica-se ao processo administrativo disciplinar como forma de conferir transparência dos atos administrativos¹¹, abrange, portanto, toda a atuação estatal e todos os atos conclusos ou em andamento. É uma forma de comunicar todos os atos processuais, possibilitando a discussão e devida defesa e contraditório.

É mais amplo o direito de acesso aos processos administrativos do que o acesso aos processos judiciais por exemplo, visto que qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido e ou atue na defesa de interesse coletivo, resguardadas as situações previstas no artigo 5º, XXXIII, LX da CF/88 (PIETRO, 2016, p. 57-72 e 771-783).

- e) O princípio da gratuidade:

¹¹ Especificamente quanto ao Processo Administrativo Disciplinar, o princípio da publicidade encontra-se acostado nos artigos 2º, p. ú, inciso V, X e no artigo 3º, inciso II da Lei nº 9.784/99.

Expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei nº 9.874/99, que proíbe “cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei”, o princípio da gratuidade diz respeito exatamente ao que dá nome, gratuidade dos atos processuais, sendo assim, não é exigível o pagamento de custas do processo administrativo, ou qualquer taxa para que este tramite normalmente.

f) O princípio da atipicidade:

Di Pietro (2016, p.779) expõe.

No Direito Administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei.

Em razão deste princípio decorre a necessária motivação dos atos do julgador do processo administrativo, visto que esse princípio diz respeito às infrações funcionais que não necessariamente estão tipificadas em lei, mas que são analisadas pela comissão administrativa, onde é demonstrado se o fato constitui infração ou não.

g) O princípio da ampla defesa e contraditório:

Expresso do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio da ampla defesa e contraditório possui a seguinte redação: “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”.¹²

Para Di Pietro (2016, p. 777):

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas.

[...]

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Originados do devido processo legal, os princípios da ampla defesa e contraditório são absolutos e inerentes a todos os tipos processuais, inclusive o processo administrativo disciplinar, onde é dada a oportunidade

¹² Os princípios da ampla defesa e do contraditório são mencionados no artigo 2º da Lei nº 9.874/99, dentre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública.

ao agente público de defender-se das alegações sobre suas supostas infrações administrativas, bem como trazer prova contrária ao processo (sendo válida até a utilização de prova testemunhal), sob pena de nulidade processual.

Além dos princípios supracitados, cumpre enfatizar a importância dos princípios constitucionais (elencados no artigo 37 da Constituição Federal), que abrangem todo o Direito Administrativo e não só a questão do Processo Administrativo Disciplinar, principalmente o princípio da eficiência (positivado na Emenda Constitucional nº 19), o qual incide principalmente sobre as condutas dos servidores públicos para com os administrados e é imprescindível para uma boa gestão pública, por buscar maximizar os resultados diante dos recursos disponíveis.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 102) refere-se à eficiência como um dos deveres da Administração Pública:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Salienta-se que o princípio da eficiência não se sobrepõe aos demais, devendo o administrador público, no conflito de normas e princípios, atuar tutelando o interesse público, orientando sua atividade para o caminho que trouxer maiores benefícios à sociedade.

3.3 Comissão Processante Permanente

A Comissão Processante Permanente apura as supostas infrações administrativas cometidas por um servidor da Administração Pública, entretanto, não é quem pune, de forma alguma, aquele. Elabora um relatório final, onde, após os tramites e ampla defesa do acusado, averigua a procedência ou não da acusação contra ele, opinando, de forma fundamentada imprescindivelmente, pela absolvição ou condenação do servidor às penalidades permitidas administrativamente, de forma proporcional à gravidade do ato infracional.

Em contrapartida, quem valida a absolvição ou condenação aplicando a penalidade é a autoridade competente, ainda que a Comissão tenha autonomia para gerir os atos processuais.

Disciplina Jacinto da Silva (2008, p. 175):

A Comissão Processante Permanente deve ser composta por membros que sejam servidores públicos de carreira e estáveis, os quais devem possuir, preferencialmente, nível de escolaridade

superior, além de ocupar cargo hierarquicamente igual ou superior ao do acusado.

Geralmente, a Comissão Processante é permanente, porém, há casos em que algum membro seja obrigado a retirar-se da análise de determinado caso que envolva seu cônjuge, companheiro, parente consanguíneo (em linha reta o colateral até terceiro grau). Tais impedimentos devem estar acostados ao estatuto dos servidores de cada órgão público.

Vale dizer que os servidores instáveis, envolvidos em processo administrativo (ou já punidos administrativamente) ou criminal (ou condenados criminalmente) também são impedidos de constituir a denominada comissão.

Além do impedimento, há que se falar da possibilidade de suspeição dos membros da comissão frente aos acusados administrativamente ou qualquer parte do processo (advogado, testemunhas, peritos, etc.), vinculada aos princípios morais de cada membro, devendo ser arguida por este, impossibilitando-os de exercerem qualquer função no caso em que houver suspeição, como, por exemplo, forte amizade entre o acusado e o membro.

3.4 Trâmite do Processo Administrativo Disciplinar

Todo processo administrativo disciplinar inicia-se após a publicação em diário oficial de portaria designando a Comissão Processante Permanente, posteriormente tem-se o inquérito administrativo (instrução, defesa e relatório) e, por fim, o julgamento.

A instauração compreende a apresentação dos fatos e do direito pleiteado no processo (se requerer-se algo). Por sua vez, na instrução há a produção de provas (oitiva do acusado, inquirição de testemunhas, perícias, juntada de documentos, alegações finais, etc.) e o relatório final, que encerra a instrução abrindo prazo para o proferimento da decisão da autoridade julgadora.

Finalmente, o julgamento apresenta a decisão quanto ao objeto do processo administrativo, reafirmando ou contradizendo o analisado e exposto no relatório final feito pela Comissão Processante Permanente (caso haja decisão contrária ao acusado, cabe recurso administrativo no prazo de 10 dias após a ciência da decisão, a qual pode ser reconsiderada no prazo de 5 dias). Geralmente, a autoridade julgadora acatará o relatório final previamente realizado pela comissão. Cabe ressaltar os dizeres de Braz (2009, p. 119) que:

[...] após tipificada a infração disciplinar e formulada a indicação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados, o acusado será citado por mandado expedido pelo presidente da Comissão,

a fim de que apresente sua defesa prévia e arrole as testemunhas de defesa, sendo-lhe assegurado o direito a vistas dos autos do processo e obter cópias de peças que entender necessárias.

Quando a citação do acusado é regular e o mesmo não apresenta defesa dentro do prazo (sem motivação) demonstra-se a revelia, a qual deve ser declarada nos autos do processo.

Salienta-se, ainda, que o processo administrativo disciplinar é uma forma de interromper a prescrição da pretensão punitiva administrativa quanto aos ilícitos praticados por seus agentes, sendo de suma importância para que haja a devida fiscalização das condutas infracionais dos servidores públicos, sem que os mesmos saiam impunes devido ao decurso do lapso temporal, já que a prescrição é uma das causas de extinção da punibilidade e com relação à última, observa-se que se houver seu reconhecimento em qualquer fase do processo esta deve ser decretada de ofício pela autoridade julgadora, sendo aplicado, analogamente, o art. 107 do Código Penal (casos de extinção da punibilidade).

3.5 Penalidades advindas com a apuração do Processo Administrativo Disciplinar

Conforme exposto anteriormente, as penalidades são aplicadas pela autoridade administrativa/julgadora, após a conclusão da apuração do ilícito pela Comissão Processante Permanente e se dão de acordo com a gravidade e natureza da infração cometida pelo servidor público, respeitando o artigo 128 da Lei nº 8.112/9013. São elas a advertência, a suspensão, demissão, cassação de aposentadora ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

A advertência trata-se da penalidade menos gravosa, oriundas de infrações de simples inobservância dos deveres funcionais e que causaram um transtorno mínimo à Administração Pública, nos casos elencados no art. 117, incisos I a VIII e XIX da Lei nº 8.112/90, sendo aplicada de forma escrita (inclusive autua-se a penalidade na ficha funcional do servidor), nos termos do artigo 129 da referida lei.

A suspensão se dá em casos de reincidência de faltas já punidas com advertência ou com relação à falta grave cometida pelo servidor (ação ou omissão que afeta o funcionamento correto do serviço público, mas que não são irreparáveis ou sujeitas à demissão), nos termos do art. 117, incisos XVII e XVIII e art. 130 da Lei nº 8.112/90. Afasta-se o servidor

¹³ Impreterivelmente cada infração é vinculada a uma pena, após a configuração da conduta ilícita, não podendo a autoridade julgadora decidir de forma discricionária qual penalidade aplicar a uma conduta determinada, além de não poder perdoar, compor ou transigi-las com alguma pena alternativa.

compulsoriamente por até 90 (noventa) dias, ocasionando a perda da sua remuneração, salvo §2º do artigo 130 (casos em que a suspensão pode ser convertida em multa na base de 50% por dia de vencimento). Segundo Di Pietro (2009, p. 103):

As penalidades de advertência ou suspensão terão seus registros cancelados após o decurso de três e cinco anos de efetivo exercício, respectivamente, desde que o servidor público, durante esse período, não tenha praticado nova infração disciplinar.

Destaca-se também a demissão, conhecida como a penalidade mais grave, por impor o desligamento do servidor do quadro funcional da Administração Pública devido a uma falta gravíssima que tenha causado prejuízos irreparáveis ou elevadíssimos ao órgão público.

A cassação de aposentadoria ou disponibilidade refere-se aos servidores inativos, que tenham praticado atos infracionais gravíssimos (que resultariam em demissão¹⁴), onde, se descoberto posteriormente a ilicitude praticada enquanto o servidor ainda era ativo, será cassada a aposentadoria ou disponibilidade do mesmo.

Por fim, a destituição de cargo em comissão trata-se da exoneração de cargos ocupados por não efetivos, sendo equivalente às penalidades de suspensão e demissão aplicadas aos servidores efetivos.

Destaca-se que, especificamente quanto às penalidades expulsivas dos servidores públicos federais, há um banco de dados realizado pela Controladoria Geral da União (oriundo do poder disciplinar conferido aos corregedores, via correições¹⁵) e Ministério da Transparência, onde constam gráficos e tabelas, definidos mensalmente e anualmente, quanto às punições expulsivas por ano, suas causas, unidade federativa da expulsão, além das pastas ministeriais.

No ano de 2018, até o mês de setembro, foram registradas 435 punições expulsivas¹⁶, divididas em demissão (em sua maioria), cassação de aposentadoria e destituição, sendo que os dois maiores percentuais se referem a: 65,4% ocorreram por atos relacionados à corrupção, seguido por 24,5% referente à abandono de cargo, inassiduidade ou acumulação ilícita de cargos.

¹⁴ A demissão, a cassação de aposentadoria e a cassação de disponibilidade têm as mesmas hipóteses de aplicação, variando apenas o polo passivo (servidor ativo de cargo efetivo para a primeira e inativo para as duas demais). Essas penas são aplicadas nas violações das proibições constantes dos incisos IX a XVI do art. 117 e de todos os incisos do art. 132, ambos da Lei nº 8.112/1990, sem comportar gradação.

¹⁵ As correições consistem em área fundamental de atuação do Ministério da Transparência e CGU, apurando possíveis irregularidades cometidas por servidores e empregados públicos a aplicação das devidas penalidades.

¹⁶ Para maiores informações consultar site da CGU.

4. A RELEVÂNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA A PROMOÇÃO DE UMA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Considerações sobre boa Administração Pública

O direito de boa Administração Pública tem redação positivada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice), em seu artigo 41, sendo considerado um direito inerente à cidadania, *in litteris*:

Artigo 41.º – Direito a uma boa administração:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;

b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;

c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Com exceção ao previsto no item 4 do artigo supracitado, os outros “requisitos” para uma boa administração se encontram esparsamente em diversos institutos jurídicos, e princípios autônomos na legislação brasileira, como por exemplo: motivação obrigatória dos atos da Administração, imparcialidade, ampla defesa e contraditório, etc.

Portanto, o direito à boa Administração Pública, ainda que sem positivação específica expressa no ordenamento jurídico brasileiro, não deixa de existir. Encontra-se acostado intrinsecamente aos diversos princípios constitucionais de como a Administração deve ser gerenciada e aos diversos regramentos sobre a forma que os administradores devem atuar, sendo traduzido com o fiel cumprimento da legalidade e vinculação ao interesse coletivo.

Isto posto, salienta-se que em uma era de constantes mudanças no ordenamento jurídico, valores, sociedade, é imprescindível que a Administração tenha capacidade de se adequar aos indivíduos que deve tutelar, de forma isonômica, não deixando os cidadãos à mercê da própria sorte, bem como penalizar e fiscalizar, na mesma proporção, atos que venham de encontro a isso, visto que se liga diretamente com a população na concretização de direitos (como a saúde, educação, segurança, etc). Sendo capaz de proporcionar um atendimento que satisfaça anseios e angústias, de forma a condensar os preceitos fundamentais, constitucionais e administrativos em prol de um novo direito fundamental: o direito à boa administração. De acordo com Cleize Kohls e Mônica Leal (2015, p.190):

Um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e que possui uma Constituição encharcada de direitos fundamentais, necessita de uma administração pública boa. Destarte, o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública está diretamente ligado à concretização de direitos fundamentais. Seria possível dizer que uma boa administração pública é aquela que, através de políticas públicas e serviços públicos, consegue efetivar os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Administração Pública pautada pela busca de resultados e práticas administrativas eficientes e céleres para além da mera legalidade, pautadas em atos administrativos que visem a garantia dos direitos fundamentais previstos a todos os cidadãos (sobretudo em países em que assimetrias sociais podem desfavorecer o exercício de direitos de cidadania), de forma que a atuação da administração fosse delimitada por eles e para eles, trazendo a figura do administrado para além de um objeto ao qual se destinam os atos administrativos (COSTA, 2008, p. 244). Vanice Lirio do Valle (2010, p. 135):

A substancial democratização da função administrativa – intrinsecamente relacionada à concretização de um direito fundamental à boa administração pública – consiste num objetivo/ propósito que demanda um caminho no sentido da revisão das estruturas institucionais e relacionais da administração pública brasileira.

[...]

É possível aferir, portanto, que a sua fundamentalidade está diretamente atrelada ao aperfeiçoamento e concretização da função administrativa mediante uma atualização da principiologia do art. 37 da Constituição Federal de 1988, no sentido de promover a democratização da função pública por meio da redução da margem discricionária de decisão do administrador.

Sendo assim, é necessário que se rompa com os padrões tradicionais da relação entre cidadão e administração, enfatizando-se os deveres

constitucionalmente impostos à Administração, fazendo com que suas prerrogativas tenham caráter subsidiário frente aos direitos fundamentais dos cidadãos, de modo a horizontalizar o liame administrado e administração.

4.2 Controle da eficiência via Processo Administrativo Disciplinar

A boa Administração confunde-se, muitas vezes, com o dever de eficiência, neste sentido, Meirelles (2003, p. 102) manifesta:

Esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao ‘dever de boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100).

O processo administrativo disciplinar influencia diretamente a boa Administração, pois a submete ao Direito, fiscalizando possíveis violações aos direitos dos administrados, concretizando o comprometimento da própria Administração Pública quanto ao desempenho correto de seus atos, ainda que para isso seja necessário suprimir de seu quadro funcional seus próprios agentes.

Além disso, supervisiona a Administração com relação ao modo de atuação do agente público (regido pela Lei nº 8.112/90), bem como a forma pela qual a própria Administração se organiza, estrutura e se disciplina, aspectos sobre os quais o princípio da eficiência se manifesta concretamente, ou deveria, em tese.

Como já mencionado no corpo deste trabalho, a Administração Pública atualmente se faz de acordo, é lenta, falha e difícil, com planejamentos a curto prazo, logo, não premedita ou prepara seus funcionários da melhor maneira para que estes ajam de forma a não cometer infrações passíveis de processo administrativo disciplinar, sendo assim, infelizmente, a curto prazo, o processo administrativo disciplinar surge como um meio de remediar uma situação que poderia ter sido evitada, mas que não foi, sendo imprescindível que a Administração continue buscando um bem administrar, visando ações preventivas, para que possa amenizar a instauração de processos administrativos disciplinares, todavia, por enquanto, as infrações já cometidas e os direitos da população não tutelados em decorrência de más condutas de seus agentes devem ter a devida observação e penalização.

Diante do exposto, é notório que a contínua fiscalização e penalização dos agentes públicos, via processo administrativo disciplinar, torna-se primordial para o efetivo atendimento das necessidades dos administrados (na atual conjuntura da Administração Pública), os quais passarão a sentir a real tutela da Administração sobre seus atos administrativos e de que a marca histórica dos privilégios¹⁷ advindos da estabilidade dos agentes estatutários pode, sim, ser desfeita e renovada com servidores que atuem realmente em prol do interesse coletivo, de forma produtiva e eficiente.

4.2.1 Desafios do Processo Administrativo na autocontenção e autoavaliação da Administração Pública

Assim como foram enfatizadas as vantagens da aplicação do processo administrativo disciplinar para a boa Administração Pública no decorrer deste trabalho, é importante observar que os mesmos ainda são nebulosos, em razão da falta de transparência que os assola em decorrência do sigilo em que correm por conta do direito à imagem daqueles que são partes no processo administrativo, sendo essa uma problemática a ser pensada e solucionada sem que haja priorização do direito de alguns frente a outros ou de forma a balanceá-los.

Ademais, da mesma forma obscura há que se falar dos profundos questionamentos quanto a forma em que o processo administrativo seria utilizado como mecanismo de autocontenção (autotutela, autocontrole) e autoavaliação da Administração Pública, sendo impreterível a noção de consequencialismo¹⁸ do controle das ações públicas, visto que é importante compreender até que ponto a aplicação de processos administrativos favoreceriam o bem-estar social e à boa avaliação interna da Administração.

A linha que divide uma boa Administração, via processos administrativos disciplinares, de uma Administração emperrada em decorrência destes (ou com receio destes) é tênue, sendo assim, o equilíbrio é fundamental quanto à aplicação do instituto mencionado na busca da promoção da boa Administração.

¹⁷ Destarte as aprovações em concurso público fornecerem à Administração os melhores e mais bem classificados e qualificados para o serviço público, as críticas à estabilidade funcional são muitas, mas principalmente de que ela sustenta e favorece a baixa qualidade do serviço público e a garantia de impunidade por improbidades administrativas. Falta conciliação dos profissionais com a produtividade e eficiência somadas à independência funcional advinda com a estabilidade.

¹⁸ O consequencialismo é um termo filosófico criado para defender a tese de que um agente é responsável pelas consequências intencionais de um ato, bem como as consequências não intencionais quando previstas e não evitadas, sendo assim, antes de todo ato as possíveis consequências deveriam ser levantadas. “Tudo me é lícito, mas nem tudo me convém” e para a Administração Pública tal termo se restringe ainda mais, visto que só é lícito aquilo que a lei prevê.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstra de forma incontestável uma descrença dos cidadãos quanto ao que pode ser oferecido pelo Estado (que tem o dever de tutelar, fiscalizar, gerenciar, investir) na atual conjuntura político organizacional brasileira, ainda que esta seja voltada específica e totalmente para eles, considerados clientes, a máquina pública necessita ser modernizada constantemente e com urgência, rompendo com sua burocracia exacerbada que resulta na demora da prestação dos serviços públicos e até mesmo na renovação de seu quadro funcional diante de condutas dos servidores que sejam prejudiciais à Administração.

Além disso, o dever do Estado de bem administrar tem intrínseca relação com a prestação dos serviços públicos com presteza e eficiência e, caso assim não o faça, pode ser responsabilizado civilmente quanto às lesões causadas aos cidadãos por omissões ou ações estatais. Deste modo, é nítida a obrigação do Estado de controlar o comportamento de seus servidores, principalmente quanto às suas obrigações funcionais.

Isto posto, surge o processo administrativo disciplinar como forma de apuração de práticas infracionais e atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos no cargo em que estão investidos ou no exercício de suas atribuições, sendo um importante mecanismo regulador e fiscalizador principalmente quanto à eficiência da Administração Pública.

Respalado por princípios norteadores específicos, bem como princípios constitucionais do art. 37, e mediante devida motivação, segue um trâmite peculiar (instauração, produção de prova, relatório final e decisão da autoridade administradora) que pode resultar em penalidades diversas aos servidores, sendo a demissão a pena mais grave.

Sendo assim, o processo administrativo disciplinar é um importante instituto capaz de trazer melhorias à Administração Pública, principalmente por fiscalizar seus agentes, podendo e devendo ser utilizado para tutelar e realizar uma boa Administração, a qual, ainda que não devidamente expressa no ordenamento jurídico, se encontra de forma esparsa em outros princípios norteadores do Direito brasileiro.

Desta forma, com os anseios da sociedade constantemente batendo à porta da Administração, é de suma importância que esta se utilize de todos os mecanismos que possibilitem a ela a concessão dos direitos de seus administrados (e só subsidiariamente os seus), cobrindo falhas e rompendo estigmas carregados há tanto tempo, buscando promover uma Administração boa e eficiente.

Consoante ao acima exposto, o tema abordado neste trabalho abrangeu os aspectos legais e práticos da Administração Pública, bem

como do processo administrativo disciplinar e sua imprescindibilidade à boa Administração Pública, buscando-se destacar pontos específicos, embora limitados, acerca do tema, visto que se trata de um tema pouco estudado, justamente pela falta de previsão legal à Boa Administração Pública, pelos desafios que o processo administrativo disciplinar pode ocasionar se utilizado indiscriminadamente, mas principalmente pela escassa amostragem quantitativa detalhada dos órgãos e entidades federais que se utilizam desse instituto e a pouca transparência do mesmo.

Por fim, cumpre pôr em evidência que não se esperou deste trabalho esgotar todo o assunto da matéria, mas sim estimular a contínua discussão e servir de subsídio para novos trabalhos, oferecendo uma reflexão à luz dos princípios do Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Juliana de Britto. A Responsabilidade Civil do Estado Pela Demora da Prestação Jurisdicional. **Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Jan/2016. p. 407-418.

ARAÚJO, Fernando Eugênio. Limites do poder discricionário da Administração Pública na aplicação das sanções disciplinares aos servidores públicos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 495, 14 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5925>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRAZ, Petrônio. **Processo administrativo disciplinar**. Campinas, SP: Servanda, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. Editora Atlas. 22ª Ed. 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. Editora Forense. 29ª Ed. 2016

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

HUPFFER, Haide Maria e col. Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão Estatal. **Revista Direito GV**, São Paulo, 8 [1], p. 109-130 | 2012

JONAS, H. **O Princípio Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p.168.

LUSTOSA DA COSTA, Frederico. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública – RAP** [online]. 2008, vol.42, n.5, p. 244. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>. Acesso em: 24 de out de 2018.

MAFRA., Francisco. Administração pública burocrática e gerencial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503. Acesso em jul 2018.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 179-182, abr. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47533/45212>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47533>.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão Pública: gestão pública aplicada**: União, Estados e Municípios, gestão pública no Brasil, de JK à Lula, gestão orçamentária e financeira, a gestão fiscal responsável, tributação e orçamento, tópicos especiais em contabilidade pública, gestão das contas nacionais, gestão ecológica e ambiental. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, João Batista de Siqueira. **Processo administrativo disciplinar**. 2011. 131folhas. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal). Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

SILVA, Edson Jacinto da. **Sindicância e processo administrativo disciplinar**. Campinas, SP: Servanda, 2008.

SOUZA, Selma Chorro e Mello, Mônica Seixas de Oliveira Mello. A Evolução Histórica do Serviço Público e a Necessidade da Transformação do Servidor Público. In: **Convibra**. Disponível em: http://www.convibra.com.br/upload/paper/2013/38/2013_38_6812.pdf. 2013.

BUROCRACIA E DESBUROCRATIZAÇÃO: BREVE ANÁLISE DAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS REALIZADAS NO BRASIL.

Anna Luiza Dunstan Curado Moraes de Aguiar¹

RESUMO

A administração pública brasileira apresenta déficits muito evidenciados na prestação de serviços públicos e na elaboração de políticas públicas de qualidade. A despeito de ter sido objeto de inúmeras tentativas de reforma, a performance da máquina pública no Brasil ainda é insuficiente para atender às necessidades e demandas de uma sociedade dinâmica e cada vez mais complexa. Diante desse impasse, este trabalho se propõe a analisar a formação e evolução da Administração Pública no Brasil e refletir sobre a influência das reformas administrativas. Para isso, foram analisados os principais marcos reformistas ocorridos no país, avaliando-se suas características e peculiaridades, identificando quais foram os impactos gerados na Administração. A conclusão foi no sentido de que as reformas administrativas empreendidas careceram, principalmente, de envolvimento social, transversalidade e força política.

Palavras-chave: Administração Pública. Reforma Administrativa. Desburocratização. Serviços Público.

ABSTRACT

The Brazilian public administration presents very explicit deficits in the provision of public services and in the elaboration of quality public policies. In spite of having undergone numerous attempts at reform, the performance of the public machine in Brazil is still insufficient to meet the needs and demands of a dynamic and increasingly complex society. Faced with this impasse, this paper proposes to analyze the formation and evolution of public administration in Brazil and reflect on the influence of the administrative reforms already practiced. To that matter, the main reformist milestones in the country were analyzed, assessing their characteristics and peculiarities, identifying which were the impacts generated in the Administration. The conclusion was that the administrative reforms undertaken lacked, mainly, social involvement, transversality and political strength.

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Técnica Judiciária no Tribunal Superior do Trabalho. Assistente no Gabinete da Ministra Maria Helena Mallmann.

Keywords: Public Administration. Administrative Reform. Reduction of Bureaucracy. Public Service.

INTRODUÇÃO

A atuação administrativa, seja em sua forma direta, por meio da prestação dos serviços públicos, seja em sua forma indireta, mediante regulação, é elemento indispensável para a conformação de qualquer organização social e econômica. Cabe ao Estado, nesse panorama, promover o bem comum ao mesmo tempo em que resguarda as atividades e interesses particulares. Dessa forma, ao garantir a realização do interesse geral, as sociedades atingem seu fim primordial, qual seja, permitir que os particulares possam exercer suas atividades em plenitude. (DALLARI, 2015)

Tendo em vista esse entendimento, podemos concluir que, quando o Estado é incapaz de promover o bem geral, estamos diante de uma atuação disfuncional e anômala da Administração. Esse fenômeno se apura, no entanto, com bastante intensidade nos Estados Constitucionais da atualidade. Em sua obstinação em respeitar formas e procedimentos, a Administração acaba colocando em coadjuvância o interesse do particular, destinatário final de sua atuação (MERTON, 1952). A interferência estatal, em subversão ao que deveria oferecer, e a pretexto de atingir o bem comum, não o atinge mais, atuando de maneira indesejadamente paternalista. (SUNSTEIN, 2013).

É esta, na verdade, a conjuntura que explica a concepção negativa que se assume do termo “burocracia”. A desburocratização, por sua vez, é um conceito que deriva desse entendimento pejorativo da organização burocrática, e significa o processo de reestruturação da administração pública ao estado de efetivo serviço ao bem comum.

No Brasil, as disfunções de nossa Administração Pública são históricas. A incapacidade da máquina pública em atender demandas dos cidadãos e, efetivamente, servir ao bem comum, é latente. Muito embora tenham sido abundantes as tentativas de modernização e reforma do nosso paradigma administrativo, poucos foram os resultados obtidos. Tendo isso em vista, o objetivo deste trabalho será o de avaliar o contexto de formação de nossa administração pública, os modelos de reforma administrativa pelos quais ela se submeteu e, com base nos resultados obtidos, fazer uma reflexão crítica a respeito dos sucessos e falhas desses empreendimentos.

Primeiramente, será necessariamente fazer esclarecimentos conceituais. O termo burocracia, que se caracteriza, como um termo verdadeiramente polissêmico, assumirá significado específico nesse

trabalho. É essencial compreender a distinção entre a burocracia como sistemática administrativa (WEBER, 2004) e como disfunção administrativa (MERTON, 1952). O sentido da palavra “desburocratizar” também deve ser trabalhado de forma a dissociá-la de concepções puramente ideológicas.

Em um segundo momento, passar-se-á à análise de nossa formação burocrática, analisando os vícios e problemas com os quais a administração pública teve de coexistir e as reformas administrativas que buscaram modernizar e desburocratizar sua atuação. Serão debatidos os temas do patrimonialismo, do clientelismo e o fenômeno do insulamento burocrático (FAORO, 1997).

Além disso, as principais reformas administrativas já intentadas no Brasil serão listadas e analisadas. O objetivo é entender o contexto diante do qual surgiu nossa burocracia e como ela se desenvolveu. Dessa forma, além de fazer uma contextualização, buscaremos enfatizar três grandes fases da história administrativa até agora: o primeiro governo de Getúlio Vargas e o Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP); o regime militar e o Decreto-Lei nº 200/67 juntamente ao Programa Nacional de Desburocratização e a reforma gerencial empreendida no governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC).

Posteriormente, pretende-se fazer um breve panorama a respeito do contexto administrativo atual no país, avaliando o desempenho da administração pública em exercer suas funções básicas - em especial, a de prestar serviços e a de produzir regulação, tendo em vista a importância estratégica dessas funções para a sociedade.

As reformas serão, então, avaliadas a partir das mudanças que causaram e o legado que deixaram para a realidade administrativa brasileira. Ponderar-se-á, ao fim, a respeito dos motivos principais pelos quais as reformas administrativas no Brasil não foram capazes de obter resultados expressivos em suas tentativas de aperfeiçoar a atividade estatal (MARTINS, 1995).

1. BUROCRACIA E REFORMA ADMINISTRATIVA

1. TEORIA DA BUROCRACIA: CONCEITOS

Os assuntos relativos à burocracia são pautados em vários setores da sociedade, considerada sua relevância econômica, política e administrativa. Têm, portanto, uma teoria própria formulada em diversas áreas do conhecimento, como a sociologia – campo no qual se verificaram estudos célebres a respeito da questão -, a ciência política, o direito, a ciência da administração, etc. É certo também que ao tema foram dadas diferentes abordagens, a depender da perspectiva disciplinar que sobre ele recaía.

A primeira utilização do termo se deve ao Marquês de Gournay, um negociante e economista francês que, no século XVIII, ao criticar o funcionamento de repartições e servidores públicos, indicou a existência de uma nova forma de governo, na qual as formalidades e procedimentos exerciam a soberania, em detrimento do próprio interesse público. Devese a isso a junção dos termos *bureau* (escrivania) e *cracy* (poder) (ALBROW, 1970). Desde então, no entanto, o significado do termo tomou novos contornos e abrange, atualmente, significados variados.

A conceituação sociológica clássica da burocracia tem como obra célebre o trabalho de Max Weber (2004), sendo este autor considerado o fundador do estudo sistemático da burocracia. O trabalho de Weber, vale observar, foi base para o desenvolvimento de estudos em burocracia, até mesmo em outras correntes epistemológicas. Assim, o ponto de partida para compreensão do conceito burocrático, sua evolução e desdobramentos, perpassa quase que obrigatoriamente pelo estudo desse autor.

Afastando-se do sentido pejorativo dado por Gournay, Max Weber define a burocracia como o aparato legal e racional mediante o qual a Administração exerce autoridade. Entre as categorias fundamentais desse sistema, estão: a) a organização de funções oficiais fixadas por normas; b) a criação de esferas específicas de competência; c) a observância ao princípio da hierarquia; d) o fato de que funcionários não são os proprietários dos meios de produção e administração – devendo, portanto, sempre prestar contas; e o e) registro de atos, processos e decisões administrativas (WEBER, apud MERTON *et al*, 1952, p. 18).

A análise weberiana da burocracia consiste, portanto, em uma descrição estrutural da autoridade. Em seu “Ensaio de Sociologia”, o sociólogo descreve as vantagens técnicas da organização burocrática, realçando sua superioridade técnica:

Precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, disciplina, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal – são levados ao ponto ótimo na administração rigorosamente burocrática, especialmente em sua forma monocrática. Em comparação com todas as formas colegiadas, honoríficas e avocacionais de administração, a burocracia treinada é superior, em todos esses pontos. (WEBER,

1982, p. 249)

Do ponto de vista de Weber, portanto, a burocracia é tida como uma forma de organização vantajosa para materialização do poder. Constitui, por isso, forma típica de sistematização da administração pública nas sociedades organizadas. Em suas palavras, “a burocratização

seria fenômeno paralelo da democracia” (WEBER, 2004, p. 220). Ora, enquanto a democracia prevê que o poder emane do povo (*demos*), pouco diz sobre como se estruturará administrativamente. A burocracia surge, portanto, como o arranjo administrativo que sustenta o desenvolvimento democrático.

Com uma definição próxima à dada por Weber – em uma abordagem muito mais filosófica do que sociológica, no entanto – Hegel (1952) já havia definido a burocracia (à qual se referia como “poder executivo”) como o setor responsável por mediar os interesses particulares por meio da legalidade, prezando pela realização do interesse universal do Estado². A concepção hegeliana foi, inclusive, alvo de críticas de Marx (2010), que entendia a burocracia como uma participação privilegiada no poder, fazendo com que o “interesse estatal se torne um fim privado particular” (p. 67).

Vale observar que Max Weber já apontava em suas obras problemas que poderiam ser causados pela rápida expansão burocrática na Era Moderna. Diferentemente das principais críticas feitas à administração burocrática atualmente – referente à sua inércia frente às reais necessidades da sociedade – a principal preocupação de Weber era relativa à quantidade de poder que tendia a se concentrar no burocrata. Para o autor, a burocracia, representante da “técnica” e da “perícia”, acabaria por se sobrepujar à força política, “impotente diante do conhecimento superior do perito burocrático” (WEBER, 2004, p. 269-271)

Merton (1952), por sua vez, se dedicou a indicar as disfunções da organização burocrática, reanimando o sentido negativo da palavra como apresentado por Gournay. O autor se remete ao termo da “incapacidade treinada”, cunhado pelo economista e sociólogo estadunidense Thorstein Veblen³. Para Merton, o fato de a estrutura burocrática funcionar com metodismo, disciplina e legalismo – atuando sempre sob padrões determinados de conduta – pode fazer com que os meios se sobreponham aos fins para os quais a burocracia se propõe. Em suas próprias palavras:

A aderência às regras, originalmente concebida como um instrumento de atuação, transformou-se em um “fim em si mesmo”, verificando-se o processo familiar de substituição

² Nas palavras de Hegel: “The maintenance of the state’s universal interest, and of legality, in this sphere of particular rights, and the work of bringing these rights back to the universal, require to be superintended by holders of the executive power, by (a) the executive civil servants, and (b) the higher advisory officials (who are organised into committees). These converge in their supreme heads who are in direct contact with the monarch”. (HEGEL, 1952, p. 283)

³ Thorstein B. Veblen (1857-1929) foi economista, sociólogo, filósofo e precursor da Economia Institucional, corrente de pensamento econômico que se baseava no estudo da função das instituições na economia.

de objetivos, em que o elemento instrumental se torna um elemento final. (MERTON, 1952, p. 365, tradução nossa)

Ainda Merton:

Um produto extremo desse processo de substituição de objetivos é o “burocrata virtuoso”, que nunca esquece uma única regra concernente à sua atuação e, por isso mesmo, é incapaz de ajudar muitos de seus clientes. (MERTON, 1952, p. 365, tradução nossa)

Com efeito, ao longo do processo de expansão burocrática, o fenômeno descrito por Merton passou a ser cada vez mais evidenciado. Fora dos meios acadêmicos, na verdade, a palavra “burocracia” carrega forte carga pejorativa, indicando a ineficiência estatal e seus rigores formais. Nas palavras de Johan P. Olsen, “[...] a nível retórico, Weber fracassou. “Burocracia” se tornou um veículo para sentimentos anti-governo e anti interesse público e o termo é usado como um invectiva em cruzadas ideológicas e competições para atribuir culpa”. (OLSEN, 2008, p. 24, tradução nossa)

Nessa esteira é que este trabalho busca trabalhar a burocracia: entendida em sua concepção estruturalista, aquela cunhada por Weber e Hegel. Admite-se, portanto, a importância da estrutura burocrática como forma de organização administrativa do poder estatal, essencial para a sustentação do regime democrático e das prescrições constitucionais da isonomia, da legalidade e da impessoalidade.

Importante enfatizar, igualmente, que o termo “desburocratização” não será utilizado no sentido da extinção da burocracia. Significa, na verdade, a redução da burocracia injustificada, ou seja, da burocracia que não cumpre os interesses gerais aos quais ela se propõe servir.

1.1. REFORMA ADMINISTRATIVA

Compreende-se, até agora, que o aparelho burocrático, por mais útil e frutuoso que seja para as sociedades organizadas, também apresenta disfunções. Essas disfunções, por sua vez, devem ser combatidas com vistas ao aperfeiçoamento da administração pública como um todo, e os temas da desburocratização e da simplificação administrativa se evidenciam irremediavelmente associados a esse processo de potencialização administrativa.

Na prática, esse dilema foi assumido e enfrentado por uma quantidade relevante de países, principalmente ao final do século XX, uma vez que o surgimento de uma nova conjuntura social, política e econômica obrigou à flexibilização da burocracia rígida, procedimentalista e hierárquica que havia prevalecido durante grande parte daquele século. (BUTCHER; MASSEY, 2004)

A globalização econômica e social introduziu um intercâmbio cultural e tecnológico que impactou a maneira como a qual a sociedade respondia aos atos da Administração. Nesse novo paradigma, tornou-se imprescindível o aperfeiçoamento da gestão pública, uma vez que a tradicional estrutura burocrática não era mais capaz de fornecer serviços em conformidade com os desejos de uma clientela cada vez mais exigente. A insuficiência na prestação dos serviços públicos, ocasionada, muitas vezes, pelo procedimentalismo excessivo, gerou o descontentamento geral entre usuários, que reivindicavam a prestação de serviços públicos idealizados para a ponta. (BUTCHER; MASSEY, 2004)

Assim, a demanda por melhores serviços, a limitação orçamentária e o fortalecimento do controle público sobre a utilização de recursos fez surgir um movimento global de alteração do paradigma burocrático. (BUTCHER; MASSEY, 2004)

Essa “era da modernização” ficou marcada de tal forma, que Christopher Hood qualificou as mudanças no serviço público como um “paradigma global” e uma série de especialistas classificaram a ocorrência como uma “revolução global da gestão pública”, conduzida através de um conjunto de reformas (PAL, 2009).

Rezende (2004) também discorre a respeito do movimento reformista verificado no século passado:

Sem exageros, pode-se considerar os anos 1990 como a década das reformas da administração pública. Uma combinação de fatores como a crise fiscal do Estado, a escala e a magnitude dos processos de democratização política e de globalização econômica, bem como o declínio de desempenho e *accountability* nas relações Estado-sociedade, aliados à urgente necessidade de rever padrões de intervenção do Estado na economia e nas políticas sociais, contribuíram decisivamente para a difusão em escala jamais vista das políticas de reforma do aparato burocrático do Estado. (REZENDE, 2004, p. 112)

Para Hood (1991), a mudança na gestão pública pode ser considerada um fenômeno universal por dois motivos específicos. O primeiro é devido à sua portabilidade e difusão: a necessidade de resolver problemas de gestão foi verificada nas mais diferentes conjunturas, seja em países desenvolvidos, seja em países em desenvolvimento. Assim, apesar das contextualizações necessárias, a reforma administrativa mantém seu *framework* básico.

O segundo aspecto das reformas administrativas que as torna universal é o seu caráter politicamente neutro. O aperfeiçoamento da gestão pública pode se amoldar em uma variedade de conjunturas políticas.

É, na verdade, um instrumento eficiente para cumprir os objetivos fixadas por representantes políticos, seja qual for o viés ideológico. (HOOD, 1991)

O Brasil, em adesão a esse movimento, também se viu obrigado a remodelar sua administração pública e aperfeiçoar o sistema burocrático para atender às novas demandas da sociedade. As reformas administrativas aqui empreendidas buscaram superar problemas endêmicos na conformação administrativa, que vão muito além da questão organizacional e procedimental da máquina pública, apesar de estarem fortemente vinculadas a estas. (REZENDE, 2004)

2. BUROCRACIA E REGULAÇÃO NO BRASIL

2.1. A FORMAÇÃO BUROCRÁTICA NO BRASIL

2.1.1. BASES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

No período colonial, era a metrópole portuguesa que mantinha o controle administrativo central no Brasil. A estrutura administrativa existente nessa época era caracterizada pelo excesso de regulamentos e normas, buscando fazer com que prevalecesse a ordem burocrática em detrimento dos interesses da própria sociedade. Para além da administração central, ainda existiam focos locais de poder no país, que, por sua vez, eram marcados por redutos patrimonialistas de administração. (FAORO, 2001, apud ABRUCIO; PEDROTI; PÓ, 2010).

Quanto ao patrimonialismo, trata-se de característica fortemente presente na formação administrativa brasileira, desde seus primórdios. Holanda (1995) definiu o funcionário patrimonial como aquele que gerencia a coisa pública como se fosse um assunto particular. Dessa forma, o propósito de sua atuação não são interesses objetivos, da forma como vislumbrou Weber, mas sim, interesses pessoais do gestor público.

Era também com base na concepção patrimonialista de Estado que se desenvolvia a atividade regulatória. Uma vez que o Estado era entendido como propriedade privada do governante, a regulação não se performava mediante princípios voltados ao bem comum, mas sim, a partir de vontades subjetivas da metrópole portuguesa. (IORIO, 2015)

Após a chegada de Dom João VI ao Brasil, trazendo consigo a família real e a corte portuguesa, o Brasil passou então a ser a sede do Governo Português, e as bases para o Estado nacional começaram a se estabelecer. (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010)

Após a independência do país, a administração político-administrativa passou a ser centralizada, devendo isso, principalmente, à atuação de uma alta burocracia que contribuiu em muito para a unidade

nacional. Nessa época, os agentes da burocracia eram também atores políticos, vez que os ocupantes de órgãos decisórios no Império eram, em grande parte, indivíduos com carreira no funcionalismo público, que possuíam certa experiência no exercício da administração. (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010)

No entanto, a burocracia no Império, ao mesmo tempo em que era formada por atores experientes, também era palco para “apadrinhamentos” e barganha. Esse fenômeno, descrito como “patronagem”, se baseava na distribuição de empregos públicos com o objetivo de angariar apoio político. Diante disso, conclui-se que o serviço público nessa época era composto tanto por agentes experimentados nos assuntos políticos e burocráticos, quanto por funcionários lá postos apenas em função de apadrinhamento. (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010)

Dessa forma, a burocracia tinha um viés profissional ao mesmo tempo em que sustentava uma política patrimonialista. Assim, por mais que houvesse algum ensaio meritocrático no Estado, a organização administrativa daquela época, de forma geral, não se deu com base em princípios democráticos, possuindo, na verdade, forte orientação autoritária, vez que não buscava servir à sociedade, mas sim, aos interesses políticos dos agentes no poder. (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010)

2.1.2. O DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVIÇO PÚBLICO (DASP)

Quase 50 anos depois da proclamação da república, durante o governo de Getúlio Vargas, o Brasil viria a experimentar a primeira reforma administrativa coordenada a nível nacional.

Na busca de formar uma burocracia científica, a contrassenso da cultura clientelista até então generalizada, instituiu-se o DASP, Departamento Administrativo do Serviço Público, através do Decreto nº 579/1938. A ideia era repensar a estrutura administrativa federal como um todo, de modo a torná-la mais racional e integrada. (SOUZA, 1994)

O órgão foi capaz de promover novos métodos de funcionamento do serviço público, universalizando e padronizando procedimentos administrativos, instituindo mecanismos meritocráticos de admissão e investindo em aperfeiçoamento do funcionalismo. (SOUZA, 1994)

Foi, também, nessa época que o gasto público começou a ser sistematizado, com a criação das primeiras normas orçamentárias, elaboradas pela Comissão de Orçamento do Ministério da Fazenda. Além disso, o concurso passou a ser o principal método de ingresso no serviço público, e o Conselho Federal do Serviço Público Civil instituiu normas

para regulamentar cargos, remunerações e promoções, tendo como base o princípio da meritocracia. (ABRUCIO, PEDROTI e PÔ, 2010)

Iglesias (1993) ressalta esse marco na história administrativa do Brasil:

A burocracia era ainda bem primitiva, pautando-se apenas por critérios de simpatia, relações pessoais e apadrinhamento, quando passa a ser orientada pela competência. Verifica-se a superação da administração cartorial, fundada em favores, pela administração burocrática, fundada na eficiência, no preparo, com a seleção feita por concursos abertos a todos e com o estabelecimento de carreiras, com promoções baseadas no mérito. (IGLESIAS, 1993, p. 254)

Fernanda Lima Rabelo (2011), por sua vez, sumariza muito bem as características do modelo administrativo que foi instituído na época:

A burocracia, no departamento, seria um elemento organizador de uma cultura científica, cultura esta assegurada por uma elite técnica e especializada. O conceito de burocracia adotado por este grupo seria de normatização e regulação no campo de trabalho e também da vida social, pois se inferia que a mentalidade do funcionalismo público deveria ser mudada e essa mudança só ocorreria com a adoção da meritocracia e padronização do funcionalismo, afastando a influência política presente na distribuição de cargos e promoções. (RABELO, 2011, pág. 135),

O serviço público daspiano foi concomitante, no entanto, a um Estado autoritário, que, apesar de buscar uma administração técnica e científica em contrapartida ao modelo oligárquico, também perpetuava traços da patronagem, sustentando os privilégios das elites agrárias. As práticas clientelistas não foram, portanto, abolidas, verificando-se um fenômeno denominado “insulamento burocrático” (NUNES, 1985, *apud* GOUVEA, 1994), que se constituía pela “blindagem” do núcleo técnico do Estado, contra pressões políticas e práticas clientelistas de gestão pública.

A ideia seria proteger a atuação de órgãos e setores específicos para que fosse possível realizar determinados objetivos. Significaria, portanto, a criação de “ilhas de racionalidade”. Esse fenômeno de reforma pontual da administração pública jamais seria capaz de implicar em uma ampla mudança do *modus operandi* da Administração Pública. Não existia vontade de profissionalizar a Administração de uma forma geral, e quando as tarefas pretendidas eram realizadas, o núcleo técnico era desmontado para voltar a dar lugar à interferência dos interesses privados. (GOUVEA, 1994, p. 66)

Com o fim do Estado Novo, o DASP perdeu a influência que exercia na gestão pública e a burocracia brasileira passou por um período de retrocessão. O antes órgão diretor da administração pública federal

passou a ser instância apenas consultiva, e muitos dos avanços propostos e ensaiados na era Vargas foram interrompidos. (CARVALHO, 2011)

Ao fazer um panorama geral de sua atuação, é forçoso concluir que o DASP representou o surgimento de um “espírito reformador” na administração, contribuindo em muito para desenvolver a capacidade da burocracia federal de propor novos desenhos institucionais em prol da mudança estrutural do Estado (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010). Pode-se dizer também, no entanto, que a herança daspiana para a Administração Pública foi muito mais cultural do que estrutural:

(...) os resultados da ação do DASP foram muito mais visíveis na formação de uma mentalidade entre os novos servidores públicos do que na estruturação organizacional do Estado (...). Esta mentalidade se fortaleceu nos anos seguintes, o que acabou credenciando nossa burocracia para desempenhar um importante papel no desenho e no (re)desenho institucional do Estado.” (GOUVEA, 1994, p. 102)

Bresser-Pereira (1998, *apud* REZENDE, 2002), também ressalta dois outros aspectos positivos decorrentes das atividades do DASP durante o período em que funcionou como superintendência da administração pública federal. Para o autor, a maciça institucionalização de programas de formação e profissionalização de servidores públicos e a criação de unidades administrativas descentralizadas favoreceram a profissionalização da burocracia e a flexibilização de seu funcionamento, avanços que foram absorvidos pelos governos subsequentes, em certa medida.

Nos anos seguintes ao DASP, não se verificou nenhuma outra reforma que se assemelhasse em relevância. Vale citar, contudo, o programa administrativo chefiado por Juscelino Kubitschek (JK), durante a execução de seu projeto de governo, o “Plano de Metas”. Mantendo a prática do insulamento burocrático, Kubitschek promoveu dois tipos de governança que coexistiam, paralelamente. De um lado, uma administração clientelista, que agradava forças políticas necessárias à manutenção do poder e de outro, a burocracia funcional e eficiente, restrita a órgãos estratégicos essenciais para a realização do projeto das metas – as “ilhas de excelência” (REZENDE, 2004).

O governo JK foi, na verdade, o auge do insulamento burocrático. O Conselho de Desenvolvimento e os grupos executivos constituíam “uma via alternativa à burocracia tradicional e ao universalismo de procedimentos” (LOUREIRO; OLIVEIRI; MARTES, 2003, p. 99). Por outro lado, a realização de concursos foi drasticamente reduzida, e uma série de nomeações clientelistas tomaram lugar. Esse modelo de gestão evidenciou o fato de que a modernização administrativa não significava uma política

continua, mas se reduzia a planos de ação de governos determinados. (LOUREIRO; OLIVEIRI; MARTES, 2003)

2.1.3. O REGIME MILITAR E O DECRETO LEI 200/67

Destaca-se o período do governo militar como de especial importância no desenvolvimento da estrutura burocrática brasileira, uma vez que a gestão pública passou a ser entendida como uma matéria técnica, distinta da política. Iniciou-se, portanto, uma gestão “tecnoburocrática” da máquina pública. Como a instauração do regime ocorreu de forma autoritária, a ideia de despolitização da burocracia não era fator de deslegitimação do governo, já que os símbolos do patriotismo e do anticomunismo acabaram por justificar a administração militar e seus métodos (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010).

Sendo marcado pela forte intervenção do Estado no domínio econômico, o governo militar expandiu de forma significativa o tamanho da Administração. O Decreto Lei 200/67, que representa o início da reforma administrativa empreendida nesse período, promoveu a descentralização administrativa justamente para viabilizar a participação mais efetiva do Estado no domínio econômico. Dessa forma, desenvolveu-se bastante a administração indireta, verificando-se com intensidade a criação de autarquias, fundações e empresas públicas (CARVALHO, 2011).

O Decreto Lei 200/67 concedeu às estatais condições de funcionamento próprias das pessoas jurídicas de direito privado, no intuito de tornar a administração pública mais competitiva. Para isso, instituiu a duplicidade do regime jurídico de pessoal, com a possibilidade de contratação pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A ideia era simplificar e agilizar procedimentos nessas entidades (CARVALHO, 2011).

Anos mais tarde, o Decreto Lei 200/67 seria reconhecido como o marco pioneiro da administração gerencial, ou seja, do modelo de gestão pública que buscava a superação da rigidez burocrática praticada na administração central. É certo, no entanto, que suas intervenções não se reduziram a isso. O Decreto também introduziu diretrizes e princípios sobre os quais os administradores deveriam basear sua atuação, determinando metas e disciplinando ações. Constitui, na verdade, uma verdadeira “lei de diretrizes administrativas”, em prol da racionalização dos procedimentos (CÂMARA, 2002).

No entanto, a tecnocracia autoritária, pretensamente dissociada da política, não foi capaz de afastar a administração pública das práticas patrimonialistas. O isolamento político pretendido pelo governo militar implicou no enfraquecimento do controle e da participação da sociedade na formação das políticas públicas. A ideia de que uma burocracia técnica

prescindia da política formou uma administração incapaz de prestar contas de suas atividades, o que a tornava, de forma paradoxal, mais suscetível ao aparelhamento por elites políticas. (ABRUCIO, PEDROTI e PÔ, 2010)

Pontes (2014) esclarece esse fenômeno:

[...] embora uma parte da cúpula do regime tenha agido no sentido de estabelecer um alto grau de autonomia às decisões de caráter técnico da administração de recursos federais e da política econômica, não ocorreu a eliminação completa dos outros “gramáticos”. [...] Dessa forma, o governo não apenas teve de recuar estrategicamente com relação a algumas de suas pautas políticas, como também se viu obrigado a compor alianças com figuras que praticavam a política “clientelista” que, ao menos no plano da retórica oficial, os militares desprezavam. (PONTES, 2014, p. 5)

Bresser-Pereira (1996), que viria a ser o Ministro de Administração e Reforma do Estado mais tarde, indicou que a principal falha do regime militar na formação de uma burocracia profissional foi a opção pelo “caminho mais curto”, recrutando funcionários de empresas estatais para compor a Administração em detrimento de redefinir carreiras e implementar concursos públicos:

Esta estratégia oportunista do regime militar, que resolveu adotar o caminho mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, inviabilizou a construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes que a reforma de 1936 propunha. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 3)

De fato, a prática patrimonialista no Brasil ainda era bastante difundida, por mais que, culturalmente, houvesse rejeição à essa ideia, em especial no meio castrense. A “institucionalização do patrimonialismo” foi abordada por Fernando Henrique Cardoso (1975) por meio da criação do conceito dos “anéis burocráticos”. Para o autor, uma das funções da burocracia era, justamente, a de “prover favores”. Nesse sentido, institucionalizou-se um sistema em que interesses particulares específicos influenciavam a tomada de decisões. A burocracia seria instrumento de um mecanismo mais amplo, de “anéis” de cumplicidade firmados entre agentes burocráticos e grupos de interesse alheios à administração. (1975, apud GOUVEA, 1994)

2.1.4. O PROGRAMA NACIONAL DE DESBUROCRATIZAÇÃO

Já no período final do regime militar, um novo esforço reformista se desenrolou. Desta vez, a novidade seria a reavaliação das políticas regulatórias e da utilidade das regras que regiam as relações públicas

e privadas, indo além da mera reestruturação organizacional da Administração.

O Programa Nacional de Desburocratização (PND), introduzido pelo Decreto 83.740/1979, surgiu como uma reanimação da reforma intentada pelo Decreto Lei 200/67, que, à época, já perdia impulso e influência.

O PND teve um viés mais ideológico de atuação, pelo que seu Decreto de instituição se resumia a cinco artigos contendo diretrizes, princípios e orientações gerais. De fato, o Ministro da Desburocratização à época, Hélio Beltrão, buscava uma mudança mais focada na transformação cultural do que, propriamente, estrutural:

Nossa visão do problema da desburocratização, ou da reforma administrativa, sempre foi a de que não se trata de um problema técnico, a ser resolvido apenas através de medidas de reorganização ou racionalização administrativa. Se fosse esse o caso, o problema já estaria resolvido entre nós. (...) Na verdade, a grande alteração a fazer transcende e antecede ao campo técnico, situando-se no plano cultural e institucional, onde estão enraizadas as causas fundamentais do emperramento e da ineficiência. (BELTRÃO, 1981, p. 7)

O diferencial do PND seria o foco em mudar a “fisionomia global” das instituições e corrigir os “vícios fundamentais” na prestação de serviços públicos, fatores que impediam a obtenção de resultados mais amplos e duradouros. O núcleo dessa reforma cultural seria a recolocação do cidadão como destinatário da atuação estatal, na posição de fim primordial das atividades públicas, em detrimento da condição de súdito na qual ele, muitas vezes, se reveste (WAHRLICH, 1984). Era o desmantelamento da ideia do Estado como um fim em si mesmo:

O Programa não se destinava a aperfeiçoar o funcionamento interno da máquina administrativa. Pretendia garantir o respeito à dignidade e à credibilidade das pessoas e protegê-las contra a pressão burocrática. (...) fica assim evidenciada a dimensão política do Programa (...) (WAHRLICH, 1984, p. 73)

Desta vez, a reforma se estendeu também ao âmbito das relações particulares. A máquina pública brasileira, ao longo de sua formação, não apenas tornou complexo seus próprios processos, mas também, por meio da atividade regulatória, acrescentou inúmeras dificuldades aos setores privados (BELTRÃO, 1981). O problema da regulação injustificada foi expressamente comentado e combatido à época:

Ao longo dos anos, a interferência do governo no seu cotidiano tem aumentado progressivamente. Não cabe discutir aqui as razões — certamente explicáveis — que determinaram a criação dos inúmeros órgãos, departamentos, conselhos ou comissões, hoje investidos de poder regulamentar. O que cabe comentar é a

tendência incoercível desses órgãos para ultrapassar os objetivos que lhes justificaram a criação e, em muitos casos, transformarem-se em instrumentos de inibição e asfixia da atividade empresarial. (BELTRÃO, 1981, p. 7)

Depreende-se, portanto, que a prioridade do PND foi atuar com base no atendimento das necessidades do cidadão, expandindo a reforma para fora da Administração e trazendo os cidadãos para participar da mudança.

Nesse sentido, uma de suas iniciativas mais interessantes foi o “Projeto Cidadão”, que consistiu no mapeamento dos principais entraves de natureza burocrática suportados pelos cidadãos ao longo da vida. Foram analisados procedimentos como o de licenciamento de veículos, o de matrícula em escolas públicas, o agendamento de consultas em hospitais públicos, o de registro de escritura de imóveis, de declaração de renda, alistamento militar, etc. A ideia era identificar as prioridades do Programa, ou seja, os setores nos quais a desburocratização poderia gerar os resultados mais significativos. (BRASIL, 1984)

Ao todo, 110 normas regulatórias foram expedidas, por meio de leis e decretos, com o intuito de simplificar procedimentos burocráticos de competência federal. Foi nessa época, também, que o Estatuto da Microempresa (Lei 7.256/1984) teve sua primeira edição, em 1984, eximindo essa categoria empresarial de uma série de formalidades e rigores burocráticos. (WAHRLICH, 1984).

Sem dúvidas, o Programa Nacional de Desburocratização foi ao encontro do iminente e gradual processo de redemocratização que estava em curso na época, vez que intimamente associado ao exercício da cidadania. Para Hélio Beltrão (1981), a desburocratização constituía aspecto importante da reintrodução democrática na medida em que fortalecia o indivíduo como sujeito de direitos, e redefinia o interesse público como finalidade primordial da Administração Pública.

2.1.5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A REFORMA GERENCIALISTA

Pode-se dizer que o Programa Nacional de Desburocratização padecia dos mesmos problemas que as outras reformas administrativas experimentadas no Brasil. Sem força política para se estabelecer como um programa de Estado, foi descontinuado em razão da transição governista que se operava na década de 80, e relegada ao segundo plano em face de outras prioridades fixadas pelos agentes políticos à época.

Anos depois, no entanto, com a promulgação de uma Constituição democrática, um novo paradigma administrativo se instalaria. (ABRUCIO, PEDROTI e PÔ, 2010)

A Constituição Federal de 1988, em contraposição à centralização política praticada no governo militar e varguista, procurou descentralizar as funções administrativas entre os demais entes da federação, aumentando a participação dos Estados e Municípios na gestão pública. O estímulo à gestão pública a nível local buscava aproximar a população do prestador dos serviços públicos e promover maior participação popular nos assuntos burocráticos, comprovando as tendências democratizantes do novo regime. (CARVALHO, 2011)

Além disso, outros fatores notáveis no novo regime constitucional foram a consolidação do concurso público como regra para ingresso nas carreiras públicas e o incremento dos mecanismos de controle e participação social, a exemplo da introdução do princípio da “Publicidade” no rol de princípios da Administração Pública, e o fortalecimento das instituições de controle externo (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010).

As iniciativas, no entanto, não foram capazes de mudar radicalmente a realidade da gestão pública. Para muitos, na verdade, a CF/88 teria contribuído para o engessamento da burocracia, afastando o país da implantação de uma burocracia mais flexível e, portanto, mais eficaz (CARVALHO, 2011).

Além disso, após a redemocratização, especialmente durante o governo de Fernando Collor de Mello, a reforma administrativa consistiu na redução drástica da estrutura burocrática, sendo marcada pela demissão de funcionários e extinção de órgãos públicos. Essas medidas, no entanto, enfraqueceram uma máquina já desorganizada, incapaz de formular políticas públicas eficientes e de prestar serviços de qualidade. Assim, do ponto de vista qualitativo, poucos foram os benefícios decorrentes da política de redução da estrutura burocrática. (BRESSER-PEREIRA, 1996)

Foi essa conjuntura que fez surgir um grande último marco reformista no Brasil, intentado anos depois, no final da década de 90.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, instituiu-se o Ministério da Administração e da Reforma de Estado (MARE), chefiado pelo economista Luiz Carlos Bresser-Pereira. A proposta seria a implementação de uma administração pública gerencial, ou seja, que buscasse a superação da rigidez burocrática por meio de descentralização de funções e do fortalecimento da Administração Indireta, que caracterizaria uma extensão da Administração com métodos de funcionamento mais flexíveis (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010).

A criação de entidades autárquicas e fundações estruturadas de forma mais flexível do que em relação ao modelo tecnocrata clássico seria a melhor forma de regular, com eficiência, as relações econômicas e

sociais, tendo em vista o contexto globalizado e a necessidade de tornar o Brasil um país mais competitivo. Seria, na verdade, o aprofundamento de uma iniciativa que havia começado a ser empreendida por meio do Decreto Lei 200/67. (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010)

A reforma se basearia na manutenção dos elementos positivos das instituições burocráticas - como a exigência do concurso público - ao mesmo tempo em que daria maior liberdade de iniciativa ao serviço público. O foco da administração seria, portanto, a obtenção de um melhor desempenho nas atividades administrativas.

Neste ensejo, a Emenda Constitucional 19/1998 teria como objetivo implementar o “espírito gerencial” na Constituição de 1988, que, até então, trilhava caminhos contrários ao enrijecer a estrutura administrativa (BRESSER-PEREIRA, 1996). Entre as mudanças, a EC 19/98 restringiu o regime estatutário apenas às atividades exclusivas do Estado, suprimiu privilégios como a estabilidade automática e previu a demissão por insuficiência de desempenho (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010).

À época, no entanto, a difícil conjuntura econômica acabou por fazer com que o empreendimento reformista não fosse prioridade do governo. Os avanços empregados se devem muito mais a um esforço pessoal do ministro Bresser-Pereira, uma vez que, no período, o tema da estabilização monetária e o ajuste fiscal balizavam toda e qualquer política pública empreendida (RIBEIRO, 2002).

É certo, no entanto, que a reforma gerencial produziu resultados importantes, sendo capaz de introduzir um modelo de gestão que flexibilizou a atuação da Administração em setores estratégicos. Do ponto de vista gerencial, muito poderia ser aproveitado, e o foi. Mas o papel coadjuvante da reforma administrativa impediu que a iniciativa fosse ampla e continuada (RIBEIRO, 2002).

No segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, o Ministério da Administração e da Reforma de Estado foi absorvido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e os projetos do Plano Diretor de Reforma de Estado foram desacelerados (REZENDE, 2002).

Desde então, a reforma da gestão pública não foi mais pensada como uma agenda governamental central. É certo que, durante os governos seguintes, iniciativas menores de reforma administrativas foram lançadas, como o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GESPÚBLICA), mas sem o mesmo alcance e dimensão que da reforma gerencial.

3. ABORDAGEM CRÍTICA DAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS

A estrutura administrativa atual é produto do processo de evolução burocrática pelo qual passou o Brasil desde o período colonial. O contexto socioeconômico foi, de certo, um fator muito significativo na formação das bases da nossa máquina pública. As práticas clientelistas, ao lado das experiências autoritárias e centralizadoras, produziram uma verdadeira “burocratização do poder” (ou “politização da burocracia”). A administração foi, portanto, durante grande parte da história do Brasil, cooptada por classes influentes da sociedade civil, tornando-a um instrumento de perpetuação de privilégios (CARDOSO, 1975, apud LOUREIRO, OLIVEIRI e MARTES, 2010).

Pode-se dizer, portanto, que o patrimonialismo e a patronagem foram elementos hegemônicos na formação de nossa burocracia, sendo que a gestão pública, propriamente dita, foi relegada à coadjuvação. Essa tendência é evidente quando analisados os fenômenos do insulamento burocrático, diante do qual tentativas pontuais de profissionalização da burocracia coexistiam, de forma comprimida, com a indústria clientelista. Tudo isso culmina, portanto, em um Estado incapaz de servir ao interesse geral na medida em que demandado.

Rezende (2002) denuncia a incapacidade de nossas reformas administrativas em enfrentar com êxito essas adversidades:

(..) as reformas dificilmente conseguiram alterar a performance do aparato burocrático. Baixa performance e elevados gastos têm sido razões para novas reformas, porém, os “crônicos problemas” persistem: clientelismo, corrupção, reduzida eficiência, reduzido grau de profissionalismo, elevados gastos e déficits no setor público, bem como outros males burocráticos. (REZENDE, 2002, p. 51)

Também cumpre ressaltar, nesse contexto, a questão política relativa ao aparelhamento estatal, aos anéis burocráticos e ao patrimonialismo endêmico no Brasil. Desde o início de sua formação, a estrutura burocrática brasileira não atende aos fins que justificam sua existência, pelo menos a nível prioritário. O desenvolvimento de uma administração reguladora e prestadora de serviços públicos foi prejudicada em razão das funções escusas atribuídas à máquina pública, utilizada historicamente como instrumento de manutenção no poder por parte de uma elite social, o que implicou em seu sucateamento e explica, em grande parte, o baixo desempenho administrativo. (GOUVEA, 1994)

Matias-Pereira (2008) é capaz de descrever de forma sintética a conjuntura administrativa brasileira:

Tendo como base de apoio uma estrutura pesada, burocrática e centralizada, a administração pública brasileira não tem sido capaz

de responder, como organização, às demandas e aos desafios da modernidade. As evidências disponíveis sinalizam como resultado dessas deficiências e distorções: uma reconhecida incapacidade de satisfazer, de forma eficaz e tempestiva, as necessidades dos cidadãos; uma forma de funcionamento que prejudica a concorrência e a competitividade internacional do país e das empresas; falta de coerência do modelo de organização global; processos de decisão demasiado longos e complexos, que impedem a resolução, em tempo útil, dos problemas dos cidadãos e que criam desconfiança em matéria de transparência e de legalidade; falta de motivação dos funcionários e desvalorização do próprio conceito de missão de serviço público. (MATIAS-PEREIRA, 2008, p. 77)

Apesar de compreender a importância de alguns esforços reformistas para a conformação da Administração Pública atual, é importante também admitir que nenhuma delas foi capaz de reinventá-la. Por mais que tenha se verificado avanços em aspectos pontuais, o problema de performance ainda persiste. Nas palavras de Rezende (2002):

Na trajetória acumulada de reformas administrativas (em nível nacional ou sub-nacional), é nítido o fenômeno recorrente de que as reformas tendem a falhar sequencialmente, e os problemas de performance persistem. (...) Neste sentido, pode-se dizer que elas falham sequencialmente. (REZENDE, 2002, p. 50):

A falha sequencial tem a ver com o fato de que todas as reformas engendradas foram descontinuadas ou abandonadas, sendo “muito fáceis de iniciar, porém, muito difíceis de manter no tempo” (REZENDE, 2004, p. 34).

3.1. A NECESSIDADE DO CONSENSO NA EXECUÇÃO DE UMA REFORMA ADMINISTRATIVA

As reformas empreendidas durante nossa formação burocrática, por mais que fossem promissoras do ponto de vista material, nunca constituíram agendas primordiais de governo, e por isso não atingiram resultados de intensidade relevante para redirecionar os caminhos da Administração.

Uma das razões para tal, foi a incapacidade das reformas em formar consenso. Ora, é certo que a realização da reforma depende não apenas da disposição dos agentes públicos que organizam e administram a máquina, mas também da adesão dos diversos setores da sociedade civil. A única forma de fazer com que o processo de modernização da administração se dê de maneira eficiente e legitimada é torná-lo um produto do diálogo e de cooperação entre os grupos responsáveis pelo seu funcionamento e destinatários de seus serviços.

Sobre esse tema, Rezende (2004) cita a dificuldade de se priorizar as ideias reformistas no curso da própria reforma gerencial do Estado, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. Para o autor, em uma conjuntura de crise fiscal, com forte pressão para a realização de ajustes, iniciativas que pretendam alterar radicalmente o aparato burocrático aspiram ao fracasso, vez que os agentes que desejam cooperar com o ajuste fiscal são, muitas vezes, avessos a mudanças institucionais.

Assim, muito embora a reforma gerencial tenha pretendido, em um contexto de crise fiscal, promover um aumento de performance ao mesmo tempo em que propunha uma redução de gastos com aparelhos estatais pouco eficientes, a ideia de autonomia, credibilidade e descentralização significava, para muitos, descontrole. Houve resistência, portanto, de organizações sociais e agência reguladoras e executivas:

Nesse sentido, o modelo foi encarado como uma “uma ameaça à estrutura de controle e estabilidade” existente na relação entre a administração direta e indireta no governo federal (...) (REZENDE, 2004, p. 132)

O autor também cita a dificuldade para que se abandonasse as tradicionais regras e formalidades de uma burocracia centralizada e controladora:

Por outro lado, a cultura de resultados trazida pela reforma gerencial de 1995 entrava em choque com a cultura burocrática brasileira, orientada pelo apego às regras burocráticas, inibindo a cooperação. (...) Para a sociedade e para os funcionários públicos, a reforma gerencial esteve diretamente associada à questão mais ampla da privatização do Estado e do ajuste fiscal, e não à promoção de um Estado que permitisse uma nova relação com a sociedade. Diante disso, a proposta feita teve dificuldades em alinhar os interesses em torno dos objetivos da reforma e conseguir apoio para uma transformação institucional. (REZENDE, 2004, pág. 132)

Pode-se concluir, diante do exposto, que se verificou uma falha importante no processo de conscientização e diálogo com os vários setores do estado. (REZENDE, 2004)

Ora, se a adesão era insuficiente no setor administrativo, epicentro de eventos para qualquer pretensão reformista, a participação e o chamamento da sociedade civil ao debate era ainda menos expressivo. A incapacidade de diálogo e de envolvimento com os setores interessados, em especial com a sociedade civil, era latente. É justo ressaltar, no entanto, o Programa Nacional de Desburocratização que, nesse quesito, apresentou-se como uma quebra de paradigma, vez que atraiu o cidadão comum para refletir acerca do tema, colocando-o em posição de evidência.

A falha de comunicação, como se deve observar, não se verificou apenas na reforma gerencial de 1995, mas também em todas suas

antecessoras. Muitas das reformas que já haviam sido realizadas reincidiram ao entender a modernização administrativa como um mero rearranjo formal em sua estrutura, um empreendimento que, por se revestir de complexidade técnica, não foi estendido aos atores externos à máquina. Silva e Macedo (1998, p. 7), ao se referir ao conceito da “ideologia efficientista”, denunciou a baixa preocupação das reformas administrativas em fazer com que o cidadão protagonizasse a mudança:

Entendemos que o processo de reforma atual é marcado por esse efficientismo, desprezando-se os problemas políticos e culturais da administração pública e não prevendo os mecanismos de controle adequados. A reforma pressupõe uma participação social ativa, por meio do controle social, e uma responsabilização dos gestores públicos (accountability) que precisa ser concebida dentro do contexto de nossa sociedade. (SILVA; MACEDO, 1998, p. 7)

No meio científico, as reformas administrativas empreendidas até o início da reforma militar já gozavam de baixíssima credibilidade dentro do meio científico e acadêmico. Os escritos de Nelson Mello e Souza (1994) descrevem esse sentimento:

Depois de muitos anos de falácias, as dúvidas cresciam em toda parte sobre a viabilidade da profissionalização do serviço público no Brasil e, ainda mais, sobre a validade do estabelecimento de algum tipo de sinonímia entre “reforma administrativa” e um “serviço civil profissionalizado”. Tínhamos que repensar nossos modelos e que ser mais flexíveis. (...) (SOUZA, 1994, p. 62)

Pode-se, dizer, portanto, que se apresenta como característica comum a todas as reformas administrativas já intentadas a falta de consenso reformista. A incapacidade de dialogar com todos os agentes que deveriam estar envolvidos no processo foi um dos fatores mais marcantes para a ocorrência da falha sequencial das reformas.

A reforma só pode ser revolucionária se contar com esforço multissetorial, contínuo e direcionado. O que se verificou, no entanto, foi a condução do ímpeto reformista por alguns agentes que não conseguiram - ou não procuraram - contagiar os demais setores da administração e da sociedade.

3.2. A NECESSIDADE DE SUPERAR A BUROCRACIA PATRIMONIALISTA

Martins (1997) evidencia o “*ethos* patrimonialista” como força social dinâmica constitutiva da formação burocrática brasileira. A influência do Estado clientelista, na administração é evidente, tal como sua resistência às reformas administrativas ao longo do tempo.

O que se observa durante esse processo de formação, especialmente no século passado, são ímpetos de desburocratização facilmente permeáveis a estruturas patrimonialistas e clientelistas - por mais paradoxal que isso possa soar. Como exemplo mais evidente, temos o fenômeno das “ilhas de excelência” e do insulamento burocrático, eventos que se verificaram com abundância no nosso histórico de reformas administrativas (MARTINS, 1995).

Os reformistas brasileiros buscaram profissionalizar e tornar mais eficiente a administração à revelia das questões políticas e sociais, o que resultou no desenvolvimento de uma burocracia sem racionalidade social⁴ (MARTINS, 1995). A reforma gerencialista, pode-se dizer, é um arquétipo dessa tradição. Martins faz duras críticas à incapacidade dos gerencialistas em pautar e combater as raízes de nossas disfunções:

Se por um lado, os atributos intrínsecos e as tecnicidades de modelos e estratégias de inovação gerencial no setor público são exaltadas pelos seus segmentos propositores, por outro, algumas questões básicas têm sido relegadas a um segundo plano: em que extensão a busca da excelência burocrática —ou pós-burocrática— na administração pública brasileira está culturalmente associada com a exclusão da política, haja vista sua condição de portadora de influências e anseios patrimonialistas? Em que extensão a busca de modelos não estatais de formulação e implementação de políticas públicas, em especial aqueles que se colocam no âmbito do terceiro setor (público não-estatal) estarão ou deverão estar imunizados contra as influências da política? (MARTINS, 1997, p. 10)

Identifica-se, no processo reformista brasileiro, o estabelecimento de um sincretismo que se consiste pela conjugação de modelos antagônicos: o sistema clientelista e patrimonial conflui à administração burocrática gerencial. Martins (1997) atribui a esse fenômeno o conceito de “modernização dissociativa”, quando, em uma pretensão de dissociar a reforma administrativa da política e dos elementos sociais que a definem, obtém-se apenas uma modernização incompleta.

Ora, mesmo na vigência dos regimes autoritários, quando o elemento político foi bastante limitado, as gramáticas clientelistas e patrimonialistas prevaleceram, por mais que se tenha verificado importante avanço no ponto de vista do estabelecimento de uma burocracia mais racional (ABRUCIO, PEDROTI e PÓ, 2010). Pode-se dizer, em verdade, que a separação entre política e burocracia favoreceu a persistência de uma cultura de modernização patrimonialista:

⁴ Cabível a alusão à Raymundo Faoro, que, ao dissertar a respeito da burocracia patrimonial, enunciou: “No rigorismo da doutrina de Max Weber, haveria, em tais fins, o primado do irracional, mesmo se temperado com técnicas racionais” (FAORO, 1977)

A modernização da administração pública brasileira não pode se limitar ao incremento da racionalidade instrumental dos sistemas burocráticos do estado, senão deve abranger sua totalidade político-administrativa. (...) reintroduzir a racionalidade instrumental nos sistemas burocráticos estatais não significa expropriar sua racionalidade política. (MARTINS, 1995, p. 129)

Conclui-se, portanto, ao avaliar o contexto de formação burocrática no Brasil, que a verdadeira reforma administrativa só impactará relevantemente a administração pública no momento em que as gramáticas políticas e culturais vigentes se modificarem e, para tanto, é necessário incluir a remodelagem do sistema político - consistindo na purgação das práticas fisiologistas e patrimoniais - como elemento primordial das futuras reformas administrativas.

4. CONCLUSÃO

A falha das reformas administrativas em remodelar a burocracia é indiscutível. As reformas empreendidas não foram capazes de fazer com que a administração pública brasileira passasse a ser capaz de apresentar performance satisfatória, tendo em vista a baixíssima qualidade das políticas públicas elaboradas no país, em especial, no campo regulatório.

Foram duas as razões identificadas para justificar a manutenção do mau desempenho da administração pública brasileira. A primeira é referente à incapacidade das reformas administrativas em formar um consenso a respeito da reforma. A resistência de grupos estratégicos da administração foi crucial para que elas não tivessem continuidade. Da mesma forma, qualquer ímpeto reformista é incapaz de impactar significativamente seu objeto quando se reduz a esforços pontuais e setoriais.

Não apenas, o fracasso das reformas administrativas em alterar paradigmas na administração também é relacionado à ausência da sociedade civil como agente de mudança. Ora, entendendo que a administração deve se amoldar às demandas do interesse público, impensável considerar uma remodelagem sem a participação desse setor.

O segundo fator que contribuiu para os fracassos das reformas administrativas foi a dissociação entre política e burocracia. Em um contexto no qual nossa formação administrativa é diretamente vinculada à conjuntura política que a permeou, compreende-se que qualquer iniciativa de mudança deve atuar sobre o âmbito político e social que conformam nosso setor administrativo. A prioridade de uma reforma administrativa deve ser o combate ao Estado cartorial, patrimonialista, clientelista, que constitui a base de todas as nossas disfunções burocráticas.

BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, F. L.; PEDROTI, P.; PÓ, M. V. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. *Burocracia e política no Brasil: Desafios para a ordem democrática no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010. p. 27-71.

ALBROW, M. *Bureaucracy*. London: Mac Millian, 1970.

BELTRÃO, H. Programa Nacional de Desburocratização. *Revista do Serviço Público*, v. 38, n. 4, mai. 1981.

BRASIL. *Projeto Cidadão: Programa Nacional de Desburocratização*. Presidência da República. Brasília, 1984.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996.

BUTCHER, T.; MASSEY, A. *Modernizing Civil Services*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004.

CÂMARA, L. M. Breves notas sobre o modus operandi do modelo de relacionamento entre instâncias de governo institucionalizado pelo Decreto-lei nº 200/67 em face dos novos desafios do federalismo cooperativo. *Revista de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, p. 797-809, set. 2002.

CARVALHO, E. D. P. O aparelho administrativo brasileiro: sua gestão e seus servidores – de 1930 aos dias atuais. In: IPEA. *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: IPEA, 2011. P. 19-46.

DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977.

GOUVEA, G. P. *Burocracia e Elites Burocráticas no Brasil*. São Paulo: Pauliceia, 1994.

HEGEL, G. W. F. *Philosophy of Right*. Oxford: Oxford University Press, 1952.

HOLANDA, S. B. de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

HOOD, C. A. New Public Management for All Seasons. *Royal Institute of Public Administration*, Londres, v. 69, p. 3-19, set./nov. 1991.

IGLÉSIAS, F. *Trajetória Política do Brasil: 1500-1964*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

IORIO, M. *Manual de Direito Regulatório*. London: Laccademia Publishing, 2015.

LOUREIRO, M. R. ; OLIVIERI, C. ; MARTES, A. C. B. . Burocratas, partidos e grupos de interesse: o debate sobre política e burocracia no Brasil.. In: LOUREIRO, M. R. ; OLIVIERI, C.; PACHECO, R. S. *Burocracia e política no Brasil: Desafios para o Estado Democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 73-108.

MARTINS, H. F. A Ética do Patrimonialismo e a Modernização da Administração Pública Brasileira. In: MOTTA, F. C. P.; CALDAS, M. P (Org.). *Cultura Organizacional e Cultura Brasileira*. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *A Modernização da Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado*. Dissertação. 1995. 206 f. Dissertação em Administração Pública da Escola Brasileira de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1995.

MARX, K. *Crítica da Filosofia do Direito*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MATIAS-PEREIRA, J. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. *Revista de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas*, v. 42, n. 1, p. 61-82, jan/fev. 2008

MERTON, R. *et al. Reader in Bureaucracy*. Illinois: Free Press, 1952.

OLSEN. J. P. *The Ups and Downs of Bureaucratic Organization*. Palo Alto: University of Oslo, 2008.

PAL, L. A. The OECD and Global Public Management Reform. In: WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 21, 2009, Santiago. Disponível em: <<https://hrcak.srce.hr/file/200583>> Acesso em 18 de setembro de 2018.

PONTES, P. A. M. M. Accountability e controle do Executivo durante a Ditadura Militar brasileira. *Revista Enfoques*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 5-24, dez. 2014.

RABELO, F. L. O DASP e o combate à ineficiência nos serviços públicos: a atuação de uma elite técnica na formação do funcionalismo público no Estado Novo (1937-1945). *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, Santa Vitória do Palmar, v. 3, n. 6, p. 132-143, dez. 2011.

REZENDE, F. C. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

_____. REZENDE, F. C. O Dilema do Controle e a Falha Sequencial nas Reformas Gerenciais. *Revista do Serviço Público*, v. 53, n. 3, p. 50-74, jul./set. 2002.

RIBEIRO, S. M. R. Reforma do Aparelho de Estado no Brasil: Uma Comparação Entre as Propostas dos Anos 60 e 90. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa. Disponível

em: < <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0043326.pdf>>

SILVA, F. C. C. S.; MACEDO, C. F. *Controle e Reforma Administrativa no Brasil*. Foz do Iguaçu: ENANPAD, 1998.

SOUZA, N. M. Reforma Administrativa no Brasil: um debate interminável. *Revista de Administração Pública*. v. 28, n.1, p. 54-70, jan./mar. 1994.

SUNSTEIN, C. R. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon Schuster, 2013.

WAHRLICH, B. Desburocratização e Desestatização: Novas Considerações sobre as Prioridades Brasileiras de Reforma Administrativa na Década de 80. *Revista de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas*, v. 18, n. 4, p. 72-87, dez. 1984.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2004.

_____. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

INVESTIGAÇÕES ANTITRUSTE NO SETOR DE PEÇAS AUTOMOTIVAS E A NECESSIDADE OU NÃO DE DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE: UMA ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO CADE

Bruno Almeida Silva¹

RESUMO

Este artigo discutirá o sedimentado entendimento do CADE acerca da desnecessidade de definição do mercado relevante em investigações de cartel e de troca de informações concorrencialmente sensíveis, especialmente com enfoque no setor de peças automotivas, objeto de ampla análise pela autoridade antitruste nos últimos anos. A partir da alta complexidade da dinâmica do setor, é possível presumir que a definição de mercado relevante é uma ferramenta de grande importância – até mesmo fundamental – para a compreensão dos níveis de concorrência entre os agentes econômicos, inclusive em se tratando de investigações de condutas coletivas analisadas por seu objeto. Desse modo, este artigo estudará a literatura antitruste e a jurisprudência do CADE sobre o tema para compreender a importância da devida análise das relações comerciais no setor de peças automotivas e, ainda, de uma delimitação das diversas segmentações de mercado neste setor. Será visto que a definição de mercado relevante pode impactar profundamente nas conclusões da autoridade antitruste acerca da própria ilicitude da prática investigada.

Palavras-chave: CADE, Mercado Relevante, Cartel, Peças Automotivas, Concorrência.

ABSTRACT

This paper will discuss CADE's established understanding against the necessity of defining relevant market in investigations of cartel or exchange of competitive sensitive information, specially focusing on the sector of automotive parts, which was submitted to a wide analysis by antitrust authority in the last years. Considering high complexity of the sector's dynamic, it is possible to assume that definition of relevant market is a tool of great importance – even fundamental – to the comprehension of competitive levels among economic agents, including investigations of collective conducts analyzed by its object. Therefore, this paper will study antitrust literature and CADE's case law regarding the subject to

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

understand the importance of analyzing commercial relations in the sector of automotive parts and defining the variety of market segmentation in this sector. It will be seen that definition of relevant market can deeply influence the conclusions of antitrust authority regarding the illegality of investigated practices.

Keywords: CADE, Relevant Market, Cartel, Automotive Parts, Competition.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), por meio de sua Superintendência-Geral (“SG”), deu início a uma ampla investigação de condutas colusivas nos mais diversos setores, como reflexo de uma política institucional de repressão a cartéis por parte da autoridade antitruste (GANTOIS; PIMENTA, 2017). Neste ínterim, um dos setores largamente perscrutados pelo CADE é, atualmente, o mercado de peças automotivas que, devido às suas peculiaridades, comporta uma extensa gama de possíveis segmentações quando da definição de mercado relevante, conforme será explicado neste trabalho.²

Uma leitura das principais manifestações da SG em casos envolvendo o setor de peças automotivas, como por exemplo em suas Notas Técnicas de instauração de Processos Administrativos, permite verificar alguns pontos capazes de levantar fortes discussões entre estudiosos do Direito Antitruste. Um desses temas trata justamente da definição de mercado relevante, tanto na ótica do produto, quanto na ótica geográfica, em casos de cartéis e até mesmo de troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Acerca deste assunto, a SG tem reiteradamente firmado uma posição quanto à desnecessidade da definição, *a priori*, do mercado relevante quando da análise de casos de cartéis, tendo como principal justificativa se tratar de conduta avaliada por seu objeto, não carecendo da análise de efeitos. Assim, conforme explicitado em diversas oportunidades pela SG, a delimitação do mercado relevante é uma etapa dispensável, vez que a própria existência da conduta contrária à ordem econômica, por si só, tem a capacidade de determinar o escopo do acordo anticompetitivo. De acordo com a SG:

A análise de mercado relevante funciona tão somente como mecanismo para averiguar se é adequado, prático e razoável isolar ou fragmentar a área da atividade econômica em que a lei incidirá, sendo a própria definição do mercado dispensada em face do

² Trabalharemos a definição do mercado de peças automotivas ao longo deste artigo, mas para fins didáticos, utilizaremos esta nomenclatura ao longo do texto, sem qualquer pretensão de esvaziar sua análise.

caráter obviamente anticompetitivo da conduta, que é ilícita por objeto, e não por seus efeitos.³

Neste sentido, este artigo discutirá o tema da definição de mercado relevante em casos de cartéis ou troca de informações concorrencialmente sensíveis⁴, mais precisamente no âmbito da apuração destas condutas no mercado de peças automotivas, devido (i) à amplitude da atuação do CADE no setor, nos últimos anos; (ii) ao posicionamento não unânime do CADE quanto ao mercado, vez que se pauta, na maioria das vezes, em pelo menos algum grau de delimitação do mercado, mas reitera a desnecessidade da análise de mercado relevante; e (iii) à complexidade do setor de peças automotivas, tendo em vista as diversas segmentações pacificadas pelo próprio CADE.

Como resultado da presente análise, pretende-se dar enfoque à importância de uma minuciosa definição de mercado relevante em casos de condutas como cartéis e troca de informações sensíveis no setor de peças automotivas, considerando ser este um dos principais instrumentos de que dispõe o Direito Antitruste para o alcance de decisões mais precisas e rentes à realidade econômica que, por sua vez, é demasiadamente dinâmica e singular para cada setor da economia.

1. MERCADO RELEVANTE COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE

Para melhor iniciar as reflexões deste artigo, é adequado verificar qual o papel da definição do mercado relevante na análise antitruste e, subsequentemente, sua importância e necessidade para a definição das relações de concorrência. Logo, antes de se passar aos argumentos favoráveis e contrários à necessidade de definição de mercado relevante na investigação de cartéis, importa destacar, dentre outros pontos, alguns debates doutrinários acerca do próprio conceito de mercado relevante, para melhor compreensão do tema.

O exercício das políticas de defesa da concorrência ocorre, na ótica do Estado Regulador, tanto no sentido de prevenir, quanto de reprimir possíveis distorções econômicas que podem afetar o bem-estar econômico-social de variadas formas. Por exemplo, por meio da inviabilização ou arrefecimento da concorrência, ou mesmo pela elevação dos preços de um produto sem que haja possibilidade de desvio da demanda para outro *player*, além de outros diferentes impactos.

³ Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59, instaurado em 09 de outubro de 2014.

⁴ A troca de informações concorrencialmente sensíveis foi incluída na presente análise, tendo em vista que há investigação em curso, no setor de peças automotivas, referente a esta conduta, que reitera a tese de desnecessidade de definição de mercado relevante. No entanto, não se pretende fazer uma análise pormenorizada sobre a aplicação ou não da análise pelo objeto às trocas de informações sensíveis.

Toda esta dinâmica comportamental ocorre ao menos em um lugar e sobre um determinado bem. A estes, os estudiosos da matéria deram o nome de mercado relevante geográfico e mercado relevante do produto - embora também haja alguma discussão sobre mercado relevante temporal que não será trabalhado aqui em respeito ao escopo da pesquisa. Atualmente, a própria Lei 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “Lei Antitruste”) utiliza o conceito de “mercado relevante” em diversos momentos como, por exemplo, para configurar as hipóteses de infração à ordem econômica (FORGIONI, 2016):

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços [...] (BRASIL, 2011)

Whish e Bailey (2012), quando da conceituação do tema, resgataram importante manifestação da Comissão Europeia no sentido de que

Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. It serves to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission. The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure (EUROPEAN COMMISSION, 1997, p. 01).

A partir do extrato acima, Whish infere alguns importantes pontos, dentre os quais destacam-se: (i) o mercado relevante é um método de análise, e não um fim em si mesmo, para determinar as pressões competitivas entre empresas; e (ii) a substituíbilidade da demanda é a essência da definição de mercado relevante, considerando que o grau de substituição do produto, na ótica da demanda, tem um grande impacto na tomada de decisões do agente de mercado, inclusive com relação ao preço do produto. Esta ideia será de grande importância para as etapas posteriores deste trabalho (WHISH; BAILEY, 2012).

Portanto, é possível sintetizar o conceito de mercado relevante como sendo “o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência”, bem como “aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece” (FORGIONI, 2016).

Para se operacionalizar esta definição, Salomão Filho propõe que deva ser considerada não apenas a possibilidade de substituição no lado

da demanda, mas também a substituição no viés da oferta, verificando-se então quais os agentes de mercado que estariam aptos a competir no fornecimento de um determinado produto em um espaço geográfico, quando da ocorrência de um aumento de preços (SALOMÃO FILHO, 2007a). Assim, haveria a necessidade de uma projeção da estrutura econômica em um cenário futuro de elevação de preços, utilizando como base, caso possível, um preço competitivo e aplicando um aumento sobre este. No limite, estaria definido o mercado relevante por meio deste teste de poder de mercado, ao qual o direito norte-americano chama de “teste do monopolista hipotético”.⁵

A definição de mercado no CADE atualmente é feita, principalmente, com base nas disposições do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. A partir dele, tem-se que a autoridade antitruste possui uma ampla gama de métodos disponíveis para aferição do mercado relevante, a depender do caso concreto. Apenas a título exemplificativo – vez que não se pretende aqui pormenorizar cada metodologia de análise –, o Guia considera possível, para definição de mercado, a utilização de aspectos como (i) a análise de informações qualitativas; (ii) o uso de informações de preços; (iii) a análise do fluxo de mercadorias e consumidores etc. (BRASIL, 2016).

Estabelecido este conceito imprescindível, deve-se agora observar a atuação do CADE no controle de condutas colusivas referentes ao mercado de peças automotivas. A partir da compreensão da dinâmica deste mercado e de como a autoridade antitruste o tem segmentado, passaremos a refletir sobre a tese de que a análise de cartéis prescinde da definição de mercado relevante.

2. DEFINIÇÃO DO MERCADO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS NO CADE

Desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, agora revogada pela nova Lei de Defesa da Concorrência, viu-se um movimento jamais presenciado antes no Brasil. Diferentemente da aplicação esparsa e sazonal das

⁵ Sobre o conceito de teste do monopolista hipotético, as Horizontal Mergers Guidelines norte-americanas dispõem o seguinte: “The hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products (“hypothetical monopolist”) likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price (“SSNIP”) on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger” (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2010, p. 09).

normas antitruste estabelecidas por leis anteriores à Lei 8.884/1994, com picos de engajamento por parte do Poder Público com relação ao controle de condutas, passou-se a uma implementação mais sólida das políticas de defesa da concorrência (FORGIONI, 2016).

Como resultado deste fenômeno, houve um aumento significativo no volume de casos envolvendo condutas anticompetitivas sob análise do CADE, especialmente após a celebração do primeiro Acordo de Leniência em 2003 – hoje um dos mais fortes instrumentos de detecção de comportamentos contrários à ordem econômica (BRASIL, 2016).

Em meio ao crescimento do *enforcement* concorrencial no âmbito da Administração Pública, um dos setores da economia que chama a atenção pelo elevado número de casos submetidos à análise pela autoridade antitruste é justamente o mercado de peças automotivas.

De acordo com informações públicas da SG, apenas entre 2014 e 2017 foram instaurados 13 (treze) Processos Administrativos que tratam de supostos cartéis relativos ao setor de peças automotivas, além de outros casos que seguem sob análise da SG, relativos aos mercados de iluminação automotiva, interruptores de emergência, mecanismos de acesso e embreagens automotivas – estes ainda não tornados públicos.⁶

Logo, é bastante razoável considerar que o CADE tem se dedicado com afinco a investigar e punir supostas condutas nesse mercado, postura esta imbuída de grande importância para o cenário econômico, especialmente considerando os vastos danos que cartéis podem causar ao cenário concorrencial permitindo, por exemplo, que *players* de um determinado mercado atuem com indiferença às pressões competitivas e estejam aptos a praticar preço de monopólio, podendo causar um impacto direto no consumidor final (FORGIONI, 2016).

Com isso em vista, importante fazer uma descrição de como o CADE tem entendido a dinâmica do mercado de peças automotivas, para posteriormente analisar o posicionamento da autarquia quando da investigação de condutas colusivas no referido mercado.

Inicialmente, em voto recente do Conselheiro Paulo Burnier em Processo Administrativo que apurou abuso de direito de propriedade intelectual por parte de montadoras de veículos, considerou-se que o mercado de peças automotivas se subdivide em (i) mercado primário ou *foremarket*, relacionado à comercialização de veículos novos; e (ii) mercado secundário ou *aftermarket*, que trata da fabricação e venda de peças destinadas à reposição no mercado automobilístico.⁷

⁶ Processo Administrativo nº 08700.004629/2015-38, julgado em 13 de junho de 2018.

⁷ Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

Ainda nesse sentido, existem diversos precedentes em Atos de Concentração nos quais o CADE segmentou o mercado, a princípio, conforme a destinação dos produtos automotivos. Assim, haveria um mercado de “produtos para fabricantes de equipamentos originais e para fornecedores de equipamentos originais” e outro de “produtos vendidos no aftermarket, ou de peças de reposição”, intitulados pela jurisprudência do CADE, conforme o melhor entendimento internacional, respectivamente como (i) *Original Equipment Manufacturer* ou *Original Equipment Service* – OEM/OES; e (ii) *Independent Aftermarket* – IAM.⁸

As razões para a diferenciação entre os mercados OEM/OES e IAM consistem em (i) condições de negociação e de concorrência; e (ii) estruturas de oferta e demanda. Os clientes OEM/OES são, em grande parte, montadoras de veículos automotivos que incorporam as peças adquiridas no seu produto final. Há também demanda nesse mercado por parte de concessionárias de automóveis, visando à revenda das peças automotivas. De toda forma, o mais importante diferencial, em primeiro lugar, é que os clientes do mercado OEM/OES possuem largo poder de negociação, vez que os fabricantes que fornecem peças a eles competem para oferecerem as melhores cotações a estes clientes. Além disso, considerando que estas cotações ocorrem quando do iminente lançamento de um novo modelo de automóvel, é comum que tais clientes demandem uma grande quantidade de cada peça que precisam para a estruturação dos veículos.⁹

Por outro lado, as demandas por produtos por parte dos clientes IAM é consideravelmente menor, visto que estes consistem em agentes independentes que prestam serviços de reparo e manutenção a veículos automotivos, tais como oficinas mecânicas e até mesmo revendedores de peças não autorizados por montadoras de veículos.¹⁰

A princípio, o mercado já se apresenta com uma característica bastante particular, uma vez que um produto com determinada função pode não ser substituível, em razão de sua destinação, por outro com mesma função. Portanto, é pacífico o entendimento de que existem diferentes estruturas de concorrência entre clientes OEM/OES e IAM.

Não obstante, o CADE tem considerado também outras segmentações no setor de peças automotivas. Para além da destinação do produto com relação ao cliente, entende-se que diferentes tipos de veículos demandam peças automotivas igualmente distintas. Logo, não há substituíbilidade

⁸ Ato de Concentração n° 08700.010134/2014-67, aprovado sem restrições em 19 de fevereiro de 2015. Ver também Atos de Concentração Nos. 08700.001401/2014-05, 08012.004551/2011-86, 08012.011518/2006-45 e 08012.000439/2004-47.

⁹ Ver Atos de Concentração Nos. 08700.001401/2014-05 e 08700.010134/2014-67.

¹⁰ *Ibidem*.

entre *algumas* peças fabricadas para (i) veículos leves, como o caso de automóveis de passageiros e comerciais leves; e (ii) veículos pesados, o que inclui os caminhões. Em termos quantitativos, a diferença pragmática se daria entre veículos com menos e mais de 6 (seis) toneladas. Assim, caminhões de pequeno porte podem também ser entendidos como veículos leves.¹¹

No entanto, a principal segmentação desempenhada sobre este mercado ocorre na relação entre as diferentes peças automotivas e suas respectivas aplicabilidades. Este também é o entendimento preponderante nas decisões do CADE, tanto nas análises de estruturas como em relação às condutas. Nas palavras do Conselheiro Paulo Burnier:

Em realidade, o mercado relevante é ainda mais segmentado. Isso porque peças de formatos diferentes e elaboradas para automóveis diferentes não concorrem entre si. Inexiste substituíbilidade entre um farol e um para-choque (peças diferentes) ou entre uma lanterna esquerda do Ford Focus e uma lanterna esquerda do Fiat Uno (mesma peça elaborada para automóveis de modelos distintos). Para o consumidor que precisa adquirir uma peça de reposição – em razão de uma colisão, por exemplo – só há uma única peça capaz de restituir ao automóvel sua aparência e funcionalidade originais.¹²

Não sem razão que os inúmeros Processos Administrativos instaurados pela SG para averiguar condutas colusivas no setor de peças automotivas, em grande parte, se referem a cada tipo de peça envolvida na suposta conduta. Por exemplo, há investigações relativas a velas de ignição, rolamentos antifrição, revestimentos de embreagem, dispositivos de segurança para automóveis, filtros automotivos etc.

Portanto, é evidente que a segmentação desse mercado é imprescindível para uma correta apuração dos fatos, vez que comporta diversas peculiaridades que, no limite, podem até afastar ou reforçar inferências acerca da existência de concorrência entre diferentes agentes do mercado de peças automotivas.

Avançando na análise, importa agora verificar como a SG tem trazido o tema da definição de mercado relevante em casos de cartéis em suas Notas Técnicas. Conforme proposto, o presente estudo analisará tão somente o setor de peças automotivas, não pretendendo, portanto, esgotar o tema ou impor generalizações desprovidas de fundamentação.

3. POSICIONAMENTO DA SG SOBRE CONDUTAS NO MERCADO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS

¹¹ Ibidem.

¹² Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

No tópico anterior, foi visto que o mercado de peças automotivas tem sido fortemente segmentado nas análises do CADE, devido às suas diversas especificidades, que implicam diferentes possibilidades de concorrência - ou não, entre empresas do setor.

No entanto, nota-se que, em praticamente todas as Notas Técnicas de instauração de Processo Administrativo para apuração de condutas colusivas no setor de peças automotivas, a SG dedica um parágrafo especialmente para tratar do tema da definição de mercado relevante.

O principal ponto defendido é de que o cartel é uma conduta que deve ser analisada pelo seu objeto, não por seus efeitos anticompetitivos. Dessa forma, a potencial produção de efeitos nocivos à concorrência é *presumida*, dentro do escopo de operacionalização do acordo anticoncorrencial. Portanto, a SG entende que (i) constatada a existência de um acordo entre agentes econômicos que tenha como objeto alterar alguma das variáveis econômicas, como o preço ou quantidade do produto, (ii) presume-se o potencial dano à concorrência, (iii) sendo o mercado afetado pela conduta aquele(s) no(s) qual(is) o acordo foi praticado.

Ainda, como referência jurisprudencial à sua argumentação, a SG frequentemente menciona, dentre outros, o voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no caso Microsoft/TBA, que apurou utilização de poder de mercado, por parte da Microsoft, para influenciar a estrutura do mercado intramarcas de prestação de serviços de informática à Administração Pública, concedendo exclusividade à TBA para operacionalizar tais serviços no Distrito Federal – não se tratando, portanto, de conduta colusiva.¹³

Em seu voto, o Conselheiro destacou o caráter instrumental da definição de mercado relevante na análise de condutas anticoncorrenciais, podendo ser dispensada quando constatado um nível de ilegalidade no comportamento do agente de mercado, de modo que esteja clara o prejuízo ao processo competitivo.

Dessas ponderações, podemos inferir algumas conjecturas de grande relevância para a presente análise. Em primeiro lugar, cabe reputar como correto o entendimento de que a definição de mercado relevante possui um caráter instrumental na análise antitruste, uma vez que não é um fim em si mesmo. Seja na análise de estruturas ou mesmo de comportamentos pretéritos de algum agente, a definição de mercado servirá como uma lupa para compreender, inicialmente, o escopo da concorrência de que se está tratando, identificando quais agentes de mercado competem efetivamente entre si, bem como para verificar aspectos como o poder de

¹³ Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, julgado em 25 de agosto de 2004.

mercado e barreiras à entrada que podem influenciar significativamente a conclusão pela existência ou não de ilicitude da prática que está sob observação.

Por outro lado, o caráter instrumental próprio da definição de mercado relevante não significa sua desnecessidade para a análise de condutas anticompetitivas avaliadas pelo seu objeto. Uma discussão pode ser travada quando do próprio conceito e aplicação da teoria da conduta pelo objeto. De toda forma, a experiência antitruste demonstra que a dinâmica mercadológica não é estática, não comportando quaisquer padronizações. Assim, a presunção de ilicitude, defendida pela SG, das condutas pelo objeto não é, nem nunca foi, uma presunção absoluta.¹⁴ Não há como negar que, uma vez constatada uma estrutura de mercado na qual a conduta entre concorrentes para, por exemplo, fixar preços, fosse inócua e engolida pela pressão competitiva exterior, destitui-se a presunção de potencialidade de efeitos anticoncorrenciais, visto que estes sequer são possíveis (SALOMÃO FILHO, 2007b).

Logo, propomo-nos a discutir, no próximo tópico, a efetiva razão de ser da definição de mercado relevante em casos de cartel ou troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes. A partir da dinâmica do mercado de peças automotivas que, como visto, comporta uma vasta gama de segmentações, entenderemos como a definição de mercado é necessária em alguns casos para delimitar o próprio escopo da concorrência com base em fundamentos pragmáticos, evitando generalizações de qualquer tipo.

4. A RAZÃO DE SER DA DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE

Conforme já comentado neste trabalho, o combate a cartéis é uma das principais agendas para qualquer autoridade responsável pela defesa da concorrência. De acordo com Whish e Bailey, *“there is a very real sense today among the world’s competition authorities that, if competition law is*

¹⁴ Nesse sentido, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, em 20 de fevereiro de 2012, pontuou que “[...] a presunção de ilicitude que acompanha as condutas anticompetitivas pelo objeto é baseada na experiência, no conteúdo do acordo e na sua alta probabilidade de prejudicar o bem coletivo protegido pela lei. Contudo, trata-se apenas de uma presunção iuris tantum, e não significa que se esteja adotando uma ficção absolutamente descolada da realidade, nem uma presunção irrefutável. Ao contrário, os elementos da realidade colaboram, por um lado, para o próprio julgamento de que dado acordo é ilícito pelo objeto. Por outro lado, a punição da conduta não independe, completamente, de uma análise concreta de seus efeitos, ainda que esta seja feita, neste caso, a posteriori. O ponto, aqui, é apenas perceber que essa análise de efeitos não é necessária para que se presuma, em princípio, a ilicitude. A presunção dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se desencarregue da prova dos efeitos para determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectadas à concorrência”.

about one thing above all, it is the detection and punishment of hard-core cartels” (2012).

Desse modo, é compreensível que a autoridade antitruste utilize meios mais contundentes para a investigação de cartéis, como é o caso da própria teoria da conduta pelo objeto. Apenas a título de elucidação, visto não ser este o escopo desta pesquisa, a análise pelo objeto trata de uma inversão do ônus da prova, cabendo ao investigado demonstrar ao Poder Público que não esteve envolvido na supostas conduta analisada.¹⁵

No entanto, a presunção de ilicitude derivada da aplicação da supramencionada teoria não pode, conforme abordado anteriormente, ser tratada como algo estanque, incapaz de ser alterado.

Não é possível que um acordo entre não concorrentes, por exemplo, seja presumido como uma conduta infrativa à concorrência. Isto porque a própria natureza deste comportamento não permite este tipo de presunção, aplicando-se a análise da conduta pelos seus efeitos, nestes casos (FRAZÃO, 2015). É neste ponto que reside a grande relevância da definição de mercado quando da análise de acordos entre agentes de mercado, ou mesmo da troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Tomando como exemplo o mercado de peças automotivas e sua nítida complexidade, seria uma tarefa bastante questionável considerar quaisquer indícios de acordo entre agentes deste mercado como sendo um cartel sem antes haver uma pormenorizada análise do mercado relevante, especialmente na ótica do produto.

Uma empresa que fornece apenas peças utilizadas para a iluminação de veículos automotivos jamais poderia incorrer na prática de cartel com uma outra empresa que fornece exclusivamente peças para as rodas. Isto porque, conforme a análise aqui empreendida do mercado de peças automotivas, estas duas empresas não exercem pressão competitiva uma sobre a outra, vez que seus produtos não são substitutos em qualquer hipótese.

Portanto, um acordo entre elas poderia ter diversas interpretações, que não a existência de um cartel. Logo, a constatação da realização de um acordo, por si só, não é capaz de gerar a presunção de ilicitude, neste caso. Este entendimento é tão importante que o próprio CADE, em grande parte dos casos sob sua análise no setor de peças automotivas, delimita o tipo de peça automotiva ao qual a suposta conduta se refere.

¹⁵ Tal discussão foi abordada por Richard Whish em seminário do qual participou. Ver: ELIG GÜRKAYNAK ATTORNEYS-AT-LAW. Richard Whish on “By Object” Competition Restrictions (comments by Gönenç Gürkaynak). 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9R-oshhaGZs&t=1627s>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

No entanto, existe precedente em que a tese da desnecessidade de definição de mercado relevante para condutas avaliadas por seu objeto resultou em uma investigação de escopo demasiadamente amplo, capaz de gerar interpretações totalmente destoantes da realidade do setor de peças automotivas. Trata-se do Processo Administrativo No. 08700.006386/2016-53, que investiga suposta *troca de informações concorrencialmente sensíveis* entre empresas concorrentes – na visão da SG – do setor de peças automotivas. A Nota Técnica de instauração dispõe o seguinte:

Quanto ao mercado e aos produtos afetados, a conduta investigada afetou especificamente o mercado independente de peças automotivas de reposição, também chamado de “*Independent Aftermarket*”, “*IAM*” ou simplesmente “*Aftermarket*”.

Tal conduta anticompetitiva teria ocorrido, pelo menos, a partir de 2003, e teria durado até, pelo menos, 2016. A Conduta dividiu-se em cinco fases: (i) Fase I – Operacionalização pela DMC; (ii) Fase II – Surgimento do G8; (iii) Fase III – Ampliação para G9; (iv) Fase IV – Redução para G8; e (v) Fase V – Declínio do Arranjo Anticompetitivo. Ao total, 28 (vinte e oito) empresas apresentam algum grau de participação, além de dezenas de pessoas físicas funcionárias ou ex-funcionárias das empresas.

Há diversos problemas de ordem conceitual e prática que derivam das assertivas defendidas pela SG. Em primeiro lugar, é questionável a própria aplicação da teoria da conduta pelo objeto em casos de troca de informações concorrencialmente sensíveis, visto que há entendimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organization for Economic Co-Operation And Development*) de que a referida teoria se aplica em casos de cartel que não se confunde com a troca de informações sensíveis enquanto conduta isolada (2011).

Por outro lado, desconsiderando essa discussão da aplicação da teoria da conduta pelo objeto para manter o foco no tema da definição do mercado relevante, cabe ressaltar que, dentre as 28 companhias representadas no supramencionado Processo Administrativo, existem fabricantes das mais diversas peças automotivas que, como visto, não necessariamente competem entre si, uma vez que é preciso antes verificar o grau de substituíbilidade destes produtos, tanto na ótica da oferta, quanto da demanda, como vimos. Ainda, considerar o *aftermarket* como o único recorte na ótica do produto pode gerar um falso positivo, visto que, mesmo que as 28 empresas investigadas efetivamente forneçam peças ao *aftermarket*, isso não implica imediatamente na conclusão de que são concorrentes, vez que o mercado é consideravelmente mais segmentado. Não havendo substituíbilidade entre seus produtos, é possível discutir

se uma troca de informações sensíveis teria alguma consequência anticompetitiva.

Desse modo, conforme propõe a SG, delimitar o mercado afetado pela conduta após uma verificação da existência de eventual acordo ou troca de informações entre empresas no setor de peças automotivas, seria uma inversão da lógica do Direito Concorrencial, vez que, antes de qualquer movimento da autoridade antitruste para repressão de condutas, é necessário que esta verifique, nas palavras de Forgioni, onde “se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONI, 2016).

Ademais, a própria SG já reconheceu a importância de se empreender uma análise profunda quando da investigação de condutas no mercado de peças automotivas. Em Nota Técnica de saneamento em Processo Administrativo que investiga condutas anticompetitivas no mercado de revestimentos de embreagens, a SG entendeu que

Na fase de instauração, a análise cabível caracteriza-se tão somente pela avaliação desses indícios, e não pela extração de conclusões acerca das infrações descritas, o que somente ocorre após a realização de diligências que têm por finalidade esmiuçar o mercado relevante e a atuação dos Representados.¹⁶

Logo, é perceptível, a partir da própria experiência do CADE no mercado de peças automotivas, que a definição de mercado relevante é de grande importância, com o fim de verificar a própria possibilidade de existir um cartel ou uma troca de informações concorrencialmente sensíveis que efetivamente cause ou possa causar dano à concorrência.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou discutir a jurisprudência do CADE em investigações relativas ao mercado de peças automotivas, com enfoque na análise da necessidade ou não da definição de mercado relevante, especialmente em casos de cartel ou de troca de informações sensíveis.

A partir de todo o exposto, viu-se que a definição de mercado relevante é um instrumento de análise para a aferição dos níveis de competição entre agentes econômicos. Logo, não se trata de um fim em si mesmo, mas se sabe que, atualmente, a definição de mercado relevante é o método mais utilizado para estabelecer se há ou não concorrência entre *players*, tanto na ótica do produto, quanto na ótica geográfica – o pode ser percebido na própria atuação do CADE em atos de concentração.

Com isso em vista, considerando o grande nível de segmentação no mercado de peças automotivas, em razão da sua própria especificidade e

¹⁶ Processo Administrativo nº 08700.000949/2015-19, instaurado em 13 de fevereiro de 2015.

mesmo da aplicabilidade dos diferentes tipos de peças para a composição do produto final, ou seu reparo, não cabe simplesmente dizer que a existência de acordo entre empresas presume a ilicitude da prática. Apesar disso, é entendimento sedimentado na jurisprudência do CADE de que cartéis prescindem da análise de mercado relevante, devido à sua potencialidade lesiva à concorrência.

Como se sabe, as relações econômicas e mercadológicas são dinâmicas. Cada mercado possui características próprias, de modo que é por demasiado perigoso reproduzir um mesmo padrão de análise em todos os inúmeros mercados nos quais uma autoridade da concorrência irá se debruçar.

Dessa forma, a aplicação da teoria da conduta pelo objeto – que trata de uma inversão do ônus da prova, não é capaz de afastar por completo a análise do mercado relevante, uma vez que este é um importante método de aferição dos níveis de concorrência entre agentes de mercado, podendo, no limite, estabelecer se há, de fato, concorrência ou não entre um produto e outro. No caso das peças automotivas, uma ausência de definição de mercado relevante pormenorizada pode suscitar assertivas incoerentes com a realidade das próprias empresas que atuam no setor.

Portanto, é importante que haja, minimamente, alguma valoração das características do mercado relevante, mesmo em casos de cartel ou de troca de informações concorrencialmente sensíveis. Assim, o administrado poderá ter um nível aceitável de segurança jurídica quanto às conclusões que a Administração Pública tomará em eventuais decisões antitruste.

Ressalta-se, por fim, que a ideia não é tornar a definição de mercado relevante algo absolutamente inafastável, mas que, por ser uma ferramenta comprovadamente eficaz para a análise antitruste, não é razoável colocá-la como contrária à análise da conduta pelo objeto. Uma vez que a definição de mercado relevante enseja o reconhecimento das pressões competitivas em determinado setor da economia, tal instrumento pode até mesmo ser considerado complementar à análise da conduta pelo objeto.

Assim, verificada a existência do acordo, pode-se investigar também a própria possibilidade de existência do caráter anticompetitivo decorrente do mesmo, por meio, justamente, da aferição da existência de concorrência. Caso contrário, a análise que deve ser feita não é, por exemplo, a de cartel, mas de um acordo entre não concorrentes, que ganha contornos completamente diferentes no âmbito da defesa da concorrência brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Julho de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. *Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Maio de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ELIG GÜRKAYNAK ATTORNEYS-AT-LAW. *Richard Whish on “By Object” Competition Restrictions (comments by Gönenç Gürkaynak)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9RoshhaGZs&t=1627s>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. In: *Official Journal of the European Communities*. OJ. C372/5 IV. 9.12.97. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/49d19c3b-49b0-4f04-bb44-4beb877d3020>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GANTOIS, Gustavo; PIMENTA, Guilherme. JOTA. *Cade quer convênio com todos os MPs para combater cartéis*. 29.09.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-quer-convenio-com-todos-os-mps-para-combater-carteis>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Information Exchanges Between Competitors Under*

Competition Law. Julho de 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. 19/08/2010. Disponível: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 7th ed. New York: Oxford University Press Inc., 2012.

A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO:

ANÁLISE E AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO REsp 1.159.242/SP

Cristiano Brilhante de Souza¹⁷

RESUMO

A motivação das decisões proferidas pelo poder judiciário é uma garantia constitucional. Assim, na medida em que os magistrados motivam suas decisões, as razões que conduziram seu raciocínio até sua conclusão, materializada na decisão de mérito, podem ser alvo de críticas. E tais críticas, sempre serão legítimas seja qual for o posicionamento em relação a decisão proferida, pró ou contra. No entanto, a despeito de ser legítimo discordar de um posicionamento judicial no Estado Democrático de Direito, quando a análise se dá a partir de um prisma técnico, não se mostra razoável criticar apenas por criticar, sendo necessária a adoção de “uma metodologia” que permita, por meio de critérios técnicos, avaliar de fato, a qualidade da motivação levada a efeito em uma decisão. Nesse contexto o estudo das argumentações jurídicas, desenvolvidas pelos magistrados em suas decisões, por meio de metodologias sistematizadas é de fundamental importância, pois torna possível analisar e posteriormente avaliar de forma ampla e criteriosa as decisões judiciais. No presente trabalho, estuda-se, utilizando como parâmetro de análise as teorias argumentativas desenvolvidas por Stephen Toulmin, Manuel Atienza e Neil McCormick, as argumentações levadas a efeito nos votos que culminaram na decisão final proferida no REsp 1.159.242/SP, com objetivo de avaliar a argumentação desenvolvida pelos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do referido recurso, cujo mérito tratou da possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo.

PALAVRAS CHAVE: Motivação das decisões judiciais. Argumentação jurídica. Abandono afetivo.

¹⁷ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2018). Especialista em Auditoria de Obras Públicas Rodoviárias pela UnB (2018). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul (2009). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (2006). Graduado em Engenharia Cartográfica pela UFPR (1998). Auditor Federal de Controle Externo do TCU.

ABSTRACT

The motivation of judgments given by the judiciary is a constitutional guarantee. Thus, as the magistrates motivate their decisions, the reasons that led their reasoning to its conclusion, materialized in the decision of merit, can be criticized. And such criticism will always be legitimate whatever the position in relation to the decision made, for or against. However, despite the fact that it is legitimate to disagree with a judicial position in the Democratic Rule of Law, when the analysis takes place from a technical perspective, it is not reasonable to criticize just for criticizing, requiring the adoption of “a methodology” that allow, by means of technical criteria, to actually evaluate the quality of the motivation carried out in a decision. In this context, the study of the legal arguments developed by the magistrates in their decisions through systematized methodologies is of fundamental importance, since it makes it possible to analyze and subsequently evaluate the judgments broadly and carefully. In the present work, the argumentative theories developed by Stephen Toulmin, Manuel Atienza and Neil MacCormick are studied, as well as the arguments carried out in the votes that culminated in the final decision issued in REsp 1.159.242 / SP, aiming to evaluate the arguments developed by the Ministers of the 3rd Chamber of the Superior Court of Justice in the judgment of the appeal, whose merit dealt with the possibility of compensation for moral damages as a result of emotional abandonment.

KEYWORDS: Motivation of judicial decisions. Legal Argumentation. Emotional abandonment.

INTRODUÇÃO

Cada vez mais, vem ganhando espaço nos estudos da doutrina pátria, a utilização de ferramentas capazes de avaliar, de alguma maneira, a qualidade e a coerência das decisões judiciais proferidas pelo judiciário brasileiro. É que tais decisões, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, devem ser necessariamente fundamentadas:

Art. 93, IX, CF/88: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Conforme se vê pela leitura do texto constitucional, a motivação das decisões proferidas pelo poder judiciário é uma garantia que está diretamente relacionada com outras garantias previstas na Constituição,

tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal e da publicidade.

Na medida em que os magistrados motivam suas decisões, as razões que conduziram seu raciocínio até sua conclusão, materializada na decisão de mérito, podem ser alvo de críticas. E tais críticas, são legítimas seja qual for o posicionamento em relação a decisão proferida, pró ou contra. Contudo, a despeito de ser legítimo discordar de um posicionamento judicial no Estado Democrático de Direito, quando a análise se dá a partir de um prisma técnico, não se mostra razoável criticar apenas por criticar, sendo necessária a adoção de uma metodologia que permita, por meio de critérios técnicos, avaliar de fato, a qualidade da motivação levada a efeito em uma decisão.

Portanto, o estudo das argumentações jurídicas desenvolvidas pelos magistrados em suas decisões é um primeiro passo dentro de um caminho que poderá culminar na formulação de uma teoria prática que permita avaliar de forma ampla e criteriosa as decisões judiciais.

Nesse contexto, o presente trabalho, tem como objetivo avaliar a argumentação desenvolvida pelos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.159.242/SP, que tratou da possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Em outras palavras, a decisão discutiu a possibilidade de judicialização do afeto.

Para tanto, pretende-se debater, à luz das teorias argumentativas desenvolvidas por Stephen Toulmin, Manuel Atienza e Neil Maccormick, se os argumentos levantados no caso em epígrafe podem ser considerados racionalmente persuasivos para convencer um espectador hipotético imparcial a tomar as mesmas decisões nas mesmas circunstâncias. Assim, primeiramente a decisão é analisada (traduzida) a luz das referidas teorias argumentativas para, posteriormente, ser avaliada quanto a sua argumentação.

Com esse objetivo, o presente trabalho será dividido em partes que abordarão: (i) contexto fático da decisão tomada pelo STJ no REsp 1.159.242/SP; (ii) breve exposição do modelo de Toulmin para análise das argumentações jurídicas; (iii) síntese da Teoria de Neil Maccormick, com objetivo de avaliar a argumentação jurídica; (iv) breve exposição do modelo de Atienza acerca das argumentações jurídicas; (v) argumentação Jurídica no REsp 1.159.242/SP: v.1) exame dos votos segundo o esquema de Stephen Toulmin; v.2) exame dos votos segundo a representação proposta por Atienza e v.3) e avaliação à luz da teoria de Neil Maccormick.

Ao final, após percorrer os critérios mencionados e dissecar as argumentações utilizadas pelos ministros integrantes da 3ª Turma do STJ pretende-se apresentar um posicionamento crítico, com base nas teorias argumentativas apresentadas a respeito do que foi decidido no julgado em estudo.

1. REsp 1.159.242/SP: A judicialização do afeto

No Recurso Especial 1.159.242/SP discutiu-se a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Para melhor compreender o caso concreto, convém traçar um breve resumo dos fatos.

Uma mulher, que para fins acadêmicos chamaremos de “f”, ajuizou ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais em desfavor de seu pai, alegando ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Na primeira instância, o Juiz julgou improcedente o pedido deduzido por “f”, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha se deveu, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores de “f”.

Inconformada, “f” recorreu ao TJ/SP e o referido Tribunal, ao analisar o recurso, deu provimento à apelação interposta reconhecendo o abandono afetivo de “f” por parte de seu pai, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00.

Em razão da condenação o pai apelou ao STJ alegando, em síntese, que não abandonou sua filha “f”, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem, sustentando que ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se revestiria de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar (notadamente o abandono), a perda do respectivo poder familiar, conforme prescreve o art. 1.638 do Código Civil de 2002.

Em seu recurso, o pai aduziu, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP divergia do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp 757.411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo, pugnando, em pedido sucessivo, pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Importa ainda mencionar, para fins do presente trabalho, as seguintes informações fáticas acerca desse caso concreto: (i) o reconhecimento da paternidade se deu apenas pela via judicial; (ii) a partir do reconhecimento da paternidade o pai sempre pagou a pensão que foi definida em juízo

até a filha “f” completar a maioridade. O valor da pensão alimentícia mensal foi fixado, judicialmente, em 2 (dois) salários mínimos; (iii) restou reconhecido nos autos do processo que a mãe contribuiu sobremaneira para afastar a filha de seu pai; (iv) o pai, que possui boa condição econômica, passou a adquirir propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos a despeito das reclamações da filha “f” quanto a essa forma de aquisição disfarçada.

Diante do contexto mencionado, os ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deram provimento parcial ao Recurso Especial interposto pelo pai apenas para reduzir o valor da indenização, restando vencido no colegiado, o ministro Massami Uyeda, que votou pelo provimento do Recurso, considerando improcedente a ação.

Restou decidido que o abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado, como valor jurídico objetivo, está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF.

Para a maioria dos ministros da 3ª Turma do STJ, o descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão. É que tanto pela concepção quanto pela adoção os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É sabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica capaz de conviver em sociedade respeitando seus limites, buscando seus direitos e exercendo plenamente sua cidadania.

A ministra Nancy Andrichi, Relatora do Recurso, salientou que na hipótese não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou

que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuam*, são perfeitamente apreensíveis e surgem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Considerando a polêmica inaugurada por esta decisão, este artigo, por meio de critérios técnicos e utilizando as principais teorias argumentativas, pretende analisar e posteriormente avaliar os votos proferidos pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a verificar em que medida os argumentos utilizados pelos ministros podem ser considerados racionalmente persuasivos, apresentando, ao final, uma crítica acerca da decisão proferida pelo colegiado.

2. Análise das argumentações jurídicas: o modelo de Toulmin

Na obra denominada “Os usos do argumento” Stephen Toulmin (2006) não se utiliza da lógica dedutiva. Para referido autor a lógica é algo que está relacionado com a maneira pela qual os homens pensam, argumentam e efetivamente inferem, afirmando que a ciência da lógica se apresenta, simultaneamente, como uma disciplina “autônoma” e alheia à prática.

Para Toulmin (2006, p. 148) o termo “argumentação” se refere à “atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzir razões, criticando essas razões, refutando essas críticas etc.” Já o termo “argumento”, pode ser diferenciado em dois sentidos: primeiramente, um argumento é considerado um encadeamento de raciocínio, é “a sequência de pretensões e razões encadeadas que, entre si, estabelecem o conteúdo e a força da proposição a favor da qual um determinado orador argumenta”; e no segundo sentido, os argumentos são aqueles em que há envolvimento dos sujeitos, isto é, “interações humanas, por meio das quais se formulam, debatem e/ou contornam tais sequências de raciocínios”.

Nesse contexto, o autor propõe um modelo de argumentação no qual sempre é possível distinguir os quatro elementos a saber:

a) a pretensão ou alegação (*claim*): significa tanto o ponto de partida quanto o ponto de chegada da argumentação. É aquilo que se pretende afirmar, cujo mérito se busca estabelecer no decurso da argumentação;

b) as razões ou dados (*grounds*): não são teorias gerais, são fatos específicos do caso-problema, cuja natureza varia de acordo com o tipo de argumento em questão. O momento de sua aparição ocorre após a apresentação da pretensão, onde o oponente pode questioná-la de alguma forma. Assim, o proponente terá que apresentar as razões favoráveis à sua pretensão inicial, as quais devem ser concomitantemente relevantes e suficientes. Então, o oponente poderá discutir novamente os fatos, ou, caso os aceite, poderá exigir do proponente que justifique a passagem das razões para a pretensão;

c) as garantias (*warrant*): são regras que permitem ou autorizam a passagem de uns enunciados a outros. A garantia do argumento é constituída pelos enunciados gerais que autorizam essa passagem das razões para a pretensão. Sua natureza depende do tipo de argumento e pode consubstanciar-se numa regra de experiência, numa norma ou princípio jurídico, numa lei da natureza, entre outros;

d) o respaldo ou apoio (*backing*): são “avais” das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação;

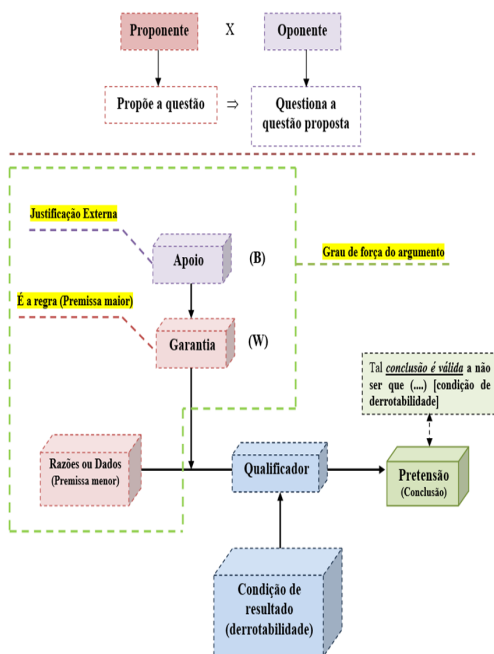
Ao discorrer sobre argumento válido ou correto, Toulmin (2006) enfatiza que deve ser avaliada uma outra questão: o quão forte é este argumento. Nesse sentido, o autor destaca que a pretensão pode ser afirmada com um grau de certeza maior ou menor. G (de *grounds* = razões), W (de *warrant* = garantia) e B (*debacking* = respaldo) prestam a C (claim = pretensão) um apoio menos forte que costuma se manifestar por meio de qualificadores (*qualifiers*) modais como “presumivelmente”, “plausivelmente”, “com toda a probabilidade”, entre outros. Assim, enquanto na matemática a passagem para a conclusão ocorre de maneira necessária, na vida prática isso não costuma ocorrer.

Além disso, o autor sustenta que existem determinadas circunstâncias, excepcionais ou extraordinárias, que podem solapar a força dos argumentos. São as chamadas condições de refutação (*rebuttals*). Assim temos que:

e) qualificadores modais (qualifiers): são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

f) condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida.

Considerando os principais conceitos apresentadas por Toulmin (2006), no modelo proposto pelo autor, alguém (proponente) propõe o problema diante de outro (oponente). Caso o oponente questione a pretensão (do contrário não há razão para argumentar) o proponente terá que dar razões a favor de sua pretensão inicial que sejam ao mesmo tempo relevantes e suficientes. Graficamente, temos o esquema que se segue:



Fonte: (Atienza, 2013 - adaptado)

No Brasil, os julgamentos proferidos pelas cortes superiores, como regra, não apreciam questões de fato, mas somente questões de direito, fato que imprime um caráter distinto aos elementos do argumento.

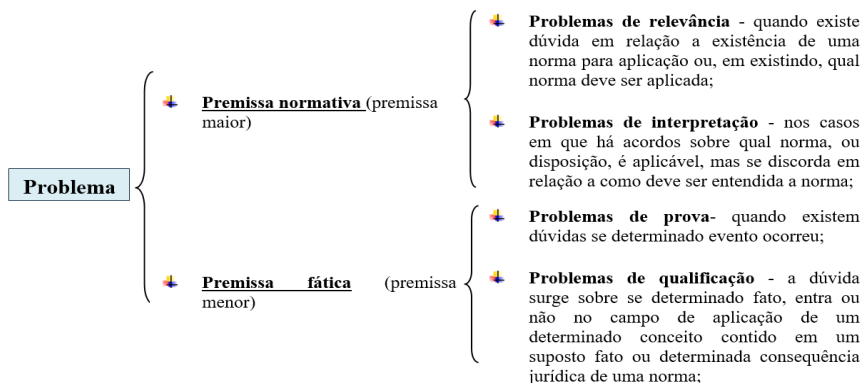
Segundo Atienza (2014, p. 140), nas questões de direito, os dados “não serão apenas os fatos declarados provados pelo tribunal de instância, mas também as decisões de outros tribunais de apelação, normas, declarações de autoridades etc.”

Ao comentar o modelo de Toulmin, Atienza (2014, p. 121) explica que a garantia será uma norma jurídica geral ou um princípio jurídico e o apoio consistirá na indicação de que a garantia enuncia uma norma ou princípio vigente.

3. Síntese da teoria de Neil MacCormick

Donald Neil MacCormick elaborou, no final dos anos 70, uma tipologia de casos difíceis que tem sido muito influente e que pode ser tomada como um bom ponto de partida. Inicia com a ideia usual de que o esquema básico da justificação judicial (a justificação interna ou de primeiro nível) tem uma forma silogística (de um *modus ponens*) com duas premissas: uma normativa e uma fática. (Atienza, 2014)

Nesse contexto, MacCormick (2008) propõe uma divisão quatripartite dos casos difíceis, quanto aos problemas que podem surgir:



Fonte: (MacCormick, 2008 - adaptado).

MacCormick (2008) sustenta em sua teoria que, quando existe uma situação de dúvida ou disputa em torno do sentido de alguma disposição legal (problemas de interpretação), deve-se decidir dando preferência a determinada leitura, considerada mais razoável no contexto. Vale dizer que o autor denomina tais argumentos interpretativos, dividindo-os em argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos.

Nesse sentido, MacCormick (2008) ensina que os argumentos linguísticos são os que apelam para o “sentido claro” de certas palavras ou de certos conceitos, o que pressupõe um contexto linguístico (ordinário

ou técnico) que fornece uma melhor interpretação do sentido em disputa. Para o autor, os argumentos sistêmicos são os que buscam compreender os dispositivos legais dentro do contexto. Assim, a parte faz sentido no contexto do todo e a lei é um elemento do sistema jurídico como um todo. Por fim, os argumentos teleológico-avaliativos são os que apontam para as finalidades ou objetivos de determinado dispositivo legal, interpretando de forma a obedecer a esses propósitos. A legislação, nesse sentido, também possuiria um sentido teleológico, voltado para determinadas finalidades.

Para avaliar a argumentação jurídica, MacCormick (2008) também propõe que, tanto do ponto de vista dos votos quanto da decisão, sejam analisados os requisitos de universalidade, consistência e coerência.

A universalidade é a garantia de que situações concretas iguais terão respostas iguais do ponto de vista jurídico. Os elementos particulares do caso sempre serão levados em consideração, mas mesmo no caso mais particular e específico deve se cumprir com esse critério - de forma que, se esse caso se repetir nas mesmas circunstâncias e particularidades, deve ser dado tratamento jurídico igual. O requisito da universalidade está implícito na justificação dedutiva, exigindo, para justificar uma decisão normativa, a existência de pelo menos uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio. (MacCormick, 2008, p. 103-133)

A consistência é um requisito formal. É a mera ausência de contradição lógica, ou seja, a decisão não se contradiz nas suas fundamentações. Assim, uma decisão satisfaz ao requisito da consistência quando se baseia em premissas normativas que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido. (MacCormick, 2008, p. 248)

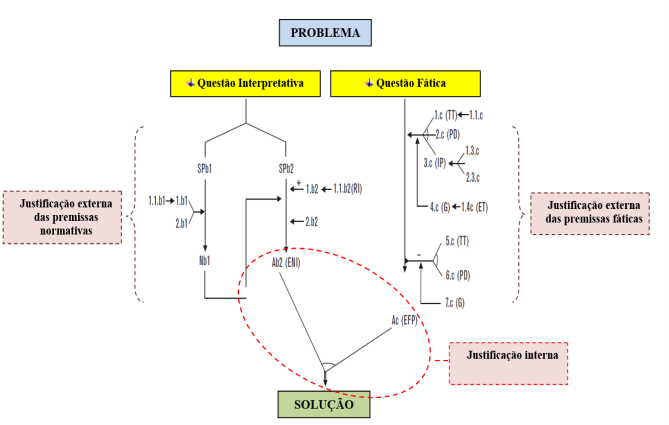
A coerência, especificamente a coerência normativa, é uma relação entre as normas aplicáveis ao caso e aos valores que tenham um objetivo maior. São valores que, nesse conjunto, “expressem uma forma de vida satisfatória”. Se um conjunto de normas é aplicado em relação a um objetivo maior - um valor comum, como dignidade ou justiça - pode-se dizer que essas normas são aplicadas de forma coerente. A coerência normativa é um mecanismo de justificação porque pressupõe a ideia de que o Direito é uma empresa racional: (i) porque está de acordo com a noção de universalidade ao permitir considerar as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido, (ii) porque promove a certeza do Direito, já que as pessoas não podem conhecer com detalhe o ordenamento jurídico, podendo, porém, conhecer seus princípios básicos, e (iii) porque uma ordem jurídica que fosse simplesmente não contraditória não permitiria orientar a conduta das pessoas como faz o Direito. (MacCormick, 2008, p. 252)

Para McCormick (2008), os valores de um Estado Democrático de Direito, como a segurança e a certeza jurídica, só podem ser concretizados na medida em que existam regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis, contidas em um sistema jurídico consistente e que mantenha uma coerência geral dos princípios inclusos no sistema. Uma decisão deve decorrer do direito preexistente e estar em consonância com os princípios e os valores do sistema jurídico aceitos pela comunidade e essa exigência está ligada aos ideais de igualdade de tratamento e à universalização das decisões. Por esse motivo, a coerência é um dos critérios para avaliar certa decisão como justa ou boa.

4. Análise das argumentações jurídicas: o modelo de Atienza

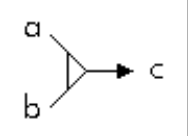
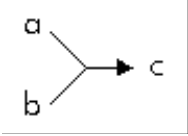
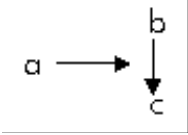
Manuel Atienza (2013) sustenta que a análise de uma argumentação é frequentemente um passo anterior à sua avaliação. É necessário entender a argumentação que alguém tenha feito para que assim seja possível avaliá-la e adotar alguma atitude a respeito: aceitar que a decisão argumentada está justificada ou discordar dela mostrando por que se trata de uma argumentação equivocada.

Nesse contexto, o autor sugere que a argumentação se inicia com a abordagem de um “problema” que possui conteúdo proposicional. A partir de então, divide-se o problema em dois ramos significando que a solução depende de 2 questões: uma de tipo interpretativa (como deve ser entendido o conteúdo proposicional) e outra probatória referente a fato descrito na proposição (se tal fato realmente ocorreu). A parte final representa a justificação interna de uma decisão judicial: a partir de uma norma e de um fato considerado provado conclui-se dedutivamente que a “solução” deve ser “x”.



Fonte: (ATIENZA, 2013 - adaptado).

Atienza (2014) enfatiza que, em casos difíceis, é muito interessante recorrer à esquemas pois eles permitem entender a argumentação. Para ele, um fragmento de argumentação jurídica poderia ser adequadamente representado pela utilização de um diagrama de flechas. Tal diagrama permite dar cabo tanto do aspecto sintático quanto do aspecto semântico e pragmático da argumentação. Nesse diagrama, as flechas representam as relações existentes entre os argumentos:

NOTAÇÃO	SIGNIFICADO
	<i>a</i> é um argumento independentemente <u>a favor de</u> <i>b</i>
	<i>a</i> é um argumento independentemente <u>contra</u> <i>b</i>
	<i>a</i> e <i>b</i> , conjuntamente, constituem um argumento <u>a favor de</u> <i>c</i>
	<i>a</i> e <i>b</i> , (cada um isoladamente), constituem um argumento <u>a favor de</u> <i>c</i>
	<i>a</i> é um argumento para fundamentar <i>c</i> com ajuda de <i>b</i>

Segundo Atienza (2014), os critérios lógico-formais (lógica dedutiva) são aceitos por todos ou quase todos (incluindo os mais céticos), mas seu cumprimento implica verdadeiramente um limite pouco significativo: é relativamente difícil encontrar uma sentença em cuja motivação se cometem erros lógicos em sentido estrito, isto é, erros de inferência. Tampouco parecem suscitar dúvidas critérios muito básicos de racionalidade, por exemplo, a necessidade de oferecer argumentos (e argumentos que possam ser compreendidos, que sejam relevantes para o caso e suficientemente completos) quando se pretende justificar uma decisão. Ou seja, pode haver dúvidas quanto a satisfação ou não do critério, mas não quanto ao critério em si.

Nesse contexto, Atienza (2013) sugere que os critérios de avaliação mais importantes parecem ser os que fazem referência às noções de universalidade, de coerência, de aceitabilidade das consequências, de moral social e de moral justificada (razoabilidade):

Universalidade → A exigência de universalidade se aplica tanto em relação a problemas normativos quanto a problemas de fato e, na realidade, está também implícita no próprio esquema de justificação interna, ou seja, a premissa maior – normativa – do silogismo judicial tem que ser um enunciado de caráter universal. É importante esclarecer que a universalidade não é o mesmo que generalidade. Em outras palavras, a universalidade não tem nada a ver com o grau de generalidade da norma. Uma norma muito específica pode também ser aplicada universalmente e, portanto, decidir de acordo com critérios de equidade significa ir contra a generalidade de uma norma, mas não a sua universalidade. (Atienza, 2013, p. 555)

Coerência → A ideia de coerência está ligada à de consistência lógica, mas difere desta última porque a coerência se refere à compatibilidade em relação a valores, princípios e teorias. Por isso, enquanto a consistência (lógica) é uma propriedade que simplesmente se dá ou não se dá, a coerência é mais uma questão de grau. A coerência narrativa é o que permite considerar como provado determinado fato, uma hipótese fática, porque é o que melhor se encaixa em uma série de fatos probatórios e leis científicas, relações de causalidade, máximas da experiência etc. que nos permitem explicar o mundo. (Atienza, 2013, p. 557)

Consequência → O critério das consequências concentra-se no futuro. Por tal razão, tal critério desempenha papel fundamental na argumentação legislativa e na dos advogados. O que justifica impor uma norma com determinado conteúdo ou seguir determinada estratégia de defesa ou de acusação é a consequência que irá produzir. (Atienza, 2013, p. 557)

Moral → O apelo à moral está de forma ocasional incorporado explicitamente em normas jurídicas. Nesses casos o uso desse critério para avaliar as decisões judiciais não oferece dúvida. O que poderia parecer mais questionável é se esse critério pode ser usado quando as normas do direito positivo não o tenham previsto, ou seja, se nos casos difíceis, quando se trata de optar por uma ou outra interpretação a respeito de determinado conceito valorativo, os juízes devem decidir de acordo com a opinião majoritária da população, devem seguir o padrão marcado pela moral social e não a opinião que ele, como indivíduo, considere preferível. (Atienza, 2013, p. 559)

Razoabilidade → É o equilíbrio adequado entre os custos e os benefícios ao tomar uma decisão. A insuficiência dos critérios para resolver todos os problemas de avaliação pode ser entendida como uma chamada para a ideia de razoabilidade. No entanto a “razoabilidade” pode ser compreendida em vários sentidos. Em sua acepção mais geral, aplica-se a qualquer decisão judicial pois marca simplesmente o limite do justificável. Em um sentido mais específico, a razoabilidade entra em ação unicamente a propósito de certas decisões, de certas argumentações. (Atienza, 2013, p. 562)

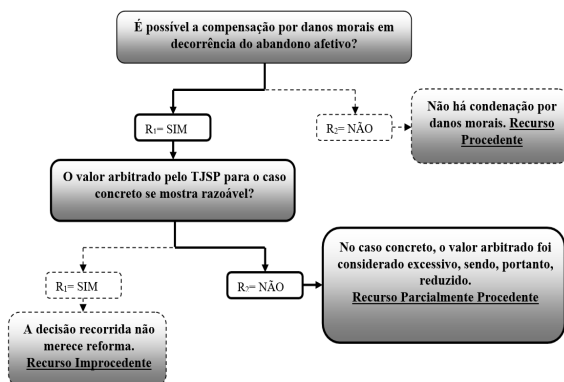
5. Argumentação jurídica no REsp 1.159.242/SP: exame dos votos segundo o esquema de Stephen Toulmin

Em sessão anterior do presente trabalho discorreu-se de forma resumida acerca do esquema de Toulmin, apresentado-se os principais conceitos necessários para a aplicação do referido modelo. Assim, partindo de tais conceitos, pretende-se nesta sessão traduzir os votos do REsp 1.159.242/SP para um esquema racional de análise de forma a tornar possível observar os argumentos centrais de cada voto proferido.

Para tanto, é importante rememorar quais foram as questões (pretensões ou *claim*) que a 3ª Turma do STJ respondeu no referido recurso. São elas: (i) É possível a compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo? (ii) Sendo a resposta positiva, o valor arbitrado pelo TJ/SP para o caso concreto se mostra razoável?

Conforme já mencionado, o STJ, na decisão em estudo, entendeu que é possível a referida compensação. A Corte, no entanto, deu provimento parcial ao recurso para reduzir o valor arbitrado pelo TJ/SP de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00.

Esquemáticamente teríamos as seguintes possibilidades para o deslinde da questão, no qual o caminho formado pelas linhas contínuas foi o adotado pelo STJ:



5.1. Sobre a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo.

Ministra Nancy Andrighi

A Ministra Nancy Andrighi, Relatora do Recurso, após discorrer sobre a existência do dano moral nas relações familiares passando pelos elementos necessários à caracterização desse dano e identificando, no caso concreto, o dano causado e o nexo de causalidade, votou no sentido de negar provimento ao recurso mantendo a decisão recorrida proferida pelo TJ/SP em seus exatos termos.

Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto da Min. Nancy Andrighi”</i>	[...] Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constatado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável apurmo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. (p. 13)
Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto da Min. Nancy Andrighi que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i>	[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família [...] a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculdado recebido pelo s filhos [...] o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança [...] o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação [...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento,

	ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.[...] amar é faculdade, cuidar é dever. (p. 5-11)
Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto da Min. Nancy Andrighi, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i>	Textos legais que regulam a matéria (art. 5, ° incisos V e X, art. 227 da CF/1988; arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas.
Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i>	[...] Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal. [...] não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, <i>ad perpetuam</i>, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano <i>in re ipsa</i> e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. (p. 13)

Ministro Massami Uyeda

O ministro Massami Uyeda inaugurou divergência sustentando que abrir a possibilidade de reparação em razão de abandono afetivo poderia levar ao judiciário questões subjetivas de difícil solução como mágoas entre pais e filhos. Destacou em seu voto que no caso concreto poderia ocorrer o perda do pátrio poder caso restasse comprovado o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal). E no caso dos autos não ocorreu tal abandono visto que o pai, recorrente, pagou pensão de 2 salários mínimos até que a filha, recorrida, completasse a maioridade. Votou no sentido de dar provimento ao recurso reformando a decisão recorrida proferida pelo TJ/SP.

Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Massami Uyeda”</i>	“[...]o pai foi, de certa maneira, forçado a reconhecer a paternidade, porque uma pessoa nasceu fora da programação da vida dele. Ele é próspero, abastado, mas, judicialmente, foi condenado a pagar alimentos na faixa de dois salários mínimos até a maioridade dessa moça [...] O Juízo de Primeiro Grau, analisando as provas, concluiu que o pedido era improcedente [...] Neste caso aqui, mostra exatamente um fosso muito grande. É uma situação de inteiro desamor. Nasce uma criança que deveria ser fruto do amor, e só foi fruto do amor físico, passageiro, efêmero e não daquele amor que gera vidas e encaminha. [...] O “dever ser” impõe a obrigação de uma paternidade, de uma maternidade responsável. (p. 15)
Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Massami Uyeda que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i>	[...] se os progenitores não dão assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder; isso é uma consequência [...] o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar. Isso pode “cheirar” – aqui me parece – a uma pessoa que lamenta a infância perdida, a juventude perdida [...] se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. (p. 15-16)
Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Massami Uyeda, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i>	[...] se abrímos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. [...] o que é, então, perda do pátrio poder, há o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal). (p. 16 e 27)
Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i>	“[...] Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos. (p. 17)

Ministro Sidnei Beneti

O ministro Sidnei Beneti acompanhou a relatora e Votou pela possibilidade de reparação por danos morais em decorrência de abandono afetivo. Em síntese o ministro sustentou não ser possível erigir como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral.

Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti”</i>	“[...] Autora, ora Recorrida, moveu ação, visando à indenização por danos morais, contra o requerido, ora Recorrente, alegando, ela, “que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância”, e que, “ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos.” (p. 33)
Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i>	[...] O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado. A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta [...] reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei [...] de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar). (p. 34-35)

Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Sidnei Beneti, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i>	[...] Nesse sentido a interpretação dos dispositivos legais anotados pelo voto da E. Relatora (CF, arts. 1º, III, 5º, V e X, e CC/2001, arts. 186 e 927, e ECA, art. 227), não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção constituída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c.c. art. 1634, II). (p. 34)
Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i>	“[...] Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos. (p. 34)

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou a Relatora e o ministro Sidnei Beneti citando, em seu voto, doutrinas do Direito de Família e acerca de Responsabilidade Civil no sentido de que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados.

Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino”</i>	“[...] o reconhecimento de dano moral em matéria de família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir apenas em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares. O presente caso situa-se dentro dessa excepcionalidade, merecendo ser reconhecida a ocorrência de ato ilícito causador de dano moral.[...] o recorrente omitiu-se em seu dever de cuidado para com sua filha, tendo: a) resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, ainda que ela fosse presumível; b) negado oferecer voluntariamente amparo material à filha; c) deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico, deixando-a à própria sorte; d) buscado alienar fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em evidente preterição da recorrida (p. 41 e 43)
--	--

Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i>	[...] a responsabilidade civil por dano moral no Direito de Família deve ser analisada com cautela. As relações travadas no seio da família, por afetarem a esfera íntima das pessoas, são especialmente carregadas de sentimentos [...] pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo [...] Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis [...] apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais. De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal. [...] imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho (p. 40 e 42)
Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i>	[...] A doutrina, tanto acerca do Direito de Família como da Responsabilidade Civil, é uníssona em afirmar que o abandono moral do filho por parte dos pais tem o condão de ocasionar danos morais, que devem ser reparados. Por oportuno, cito trecho da obra de Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005) [...] Cito, por oportuno, a lição do ilustre Rui Stoco (STOCO, RUI. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 946) (p. 41 e 43)
Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i>	[...] Não há dúvidas de que houve, na hipótese em tela, o abandono afetivo, porquanto o recorrido de furtou total e flagrantemente ao seu dever de cuidado com relação à recorrida. (p. 44)

5.2. Sobre o pedido de redução do valor arbitrado pelo TJ/SP, no caso de se considerar possível a reparação por dano moral em decorrência de abandono afetivo.

De início importa registrar que a Ministra Nancy Andrighi, em um primeiro momento, entendeu que não seria cabível a redução do valor da condenação arbitrada pelo TJ/SP. Depois de proferido o voto do ministro Sidnei Beneti a Relatora acompanhou seu encaminhamento pela redução do valor definido na decisão recorrida. Quanto ao ministro Massami Uyeda, conforme já se viu, seu voto foi pelo provimento do recurso, o que prejudica a discussão acerca do valor da condenação.

Considerando tais fatos, serão traduzidos para o esquema de Toulmin (2006), apenas os votos dos ministros Sidnei Beneti e ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Ministro Sidnei Beneti

O ministro Sidnei Beneti, a despeito de entender cabível a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, entendeu que, para o caso concreto, o valor deveria ser reduzido.

Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti”</i>	“[...] No caso, sem dúvida tem-se que, como reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora. (p. 36)
Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Sidnei Beneti que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i>	[...] A responsabilidade pelo dano moral deve, contudo, ser proporcional à ação ou omissão do agente em sua provocação, determinando, essa proporcionalidade, o pagamento, por ele, de indenização proporcional, e reservando ao lesado a busca de indenização de outrem, na medida da proporcionalidade deste na causação do dano)

Garantia

*“Enunciados gerais
(regras) extraídos do
voto do Min. Sidnei
Beneti que permitem
ou autorizam a
passagem das razões
para a pretensão”*

[...] Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão, conquanto por redação oblíqua, afastando, contudo, qualquer repercussão desse fato na atribuição da responsabilidade exclusivamente ao genitor requerido. [...] Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir, ou seja: 1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha. [...] No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, consequentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida. [...] Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora. [...] Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: (2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras. (p. 36 e 38)

Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Sidnei Beneti, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i>	[...] Diz o Acórdão: “Malgrado a motivação que levou o Magistrado sentenciante a rejeitar o pedido da autora, culpando reiteradamente a mãe por todos os males padecidos pela filha em decorrência do descaso do pai, o certo é que a questão dos autos envolve tão-somente a autora e o réu, ou seja, a filha e o pai. / Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade”[...] A orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressaltando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante. (p. 36-37)
Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i>	[...] Deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo. [...] Ponderados todos esses elementos, e realçando-se que a fixação de valores a título de indenização moral não é jamais matemática, mas estimativa, à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto, o que impede que se comparem objetivamente, valores com o de outros casos concretos, deve-se dosar o valor dos danos morais, proporcionalmente à responsabilidade do genitor, ora Recorrente, em valor próximo à metade do valor fixado pelo Acórdão, ou seja, R\$ 200.000,00 (p. 36 e 38)

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhou o ministro Sidnei Beneti, no sentido de dar provimento parcial ao recurso apenas para reduzir o valor da condenação.

Dados <i>“São os fatos específicos do caso-problema extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino”</i>	“[...] Todavia, e sem desconsiderar a gravidade do dano, entendo que o valor fixado pelo Tribunal de origem - de R\$ 415.000,00 - se mostra excessivamente alto, considerando as circunstâncias do caso em comento. (p. 44)
Garantia <i>“Enunciados gerais (regras) extraídos do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino que permitem ou autorizam a passagem das razões para a pretensão”</i>	[...] embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha. (p. 44)
Apoio <i>“São avais das garantias, extraídas do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que garantem a validade, relevância e vigência destas”</i>	Sentença de 1ª Grau.
Conclusão <i>“É o ponto de chegada da argumentação”</i>	“[...] Sendo assim, impõe-se apenas a redução do montante da indenização para R\$ 200.000,00, conforme sugerido pelo eminente ministro Sidnei Beneti, valor que se mostra mais consentâneo com as circunstâncias do caso. (p. 44)

6. Argumentação jurídica no REsp 1.159.242/SP: exame segundo a representação proposta por Atienza

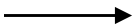
Conforme já mencionado no presente estudo, Atienza (2013) sugere, como recurso hábil a entender as argumentações, recorrer à esquemas. Nesse contexto, o autor defende que um fragmento de argumentação jurídica poderia ser adequadamente representado pela utilização de um diagrama de flechas. É o que se propõe fazer a seguir.

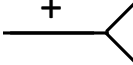
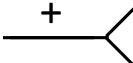
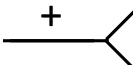
Os principais questionamentos do REsp 1.159.242, bem como os argumentos sustentados em favor ou contra as teses defendidas, foram traduzidos para o diagrama de flechas. É bom lembrar que na decisão em estudo, cuidou-se, em especial, das questões envolvendo a possibilidade de compensação por danos materiais em decorrência de abandono afetivo bem como a discussão acerca da redução do valor arbitrado na condenação.

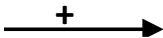
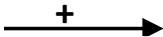
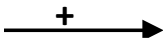
Importa também mencionar que no presente trabalho o diagrama será apresentado considerando a decisão no seu todo, somando-se os argumentos a favor e contra as teses sustentadas. Portanto, não serão apresentados diagramas para cada voto, mas sim um diagrama para a decisão.

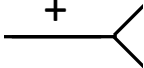
Também vale dizer que a avaliação do conteúdo da decisão em estudo será realizada em sessão própria, utilizando-se a teoria de Neil MacCormick (2008) complementada com alguns critérios propostos por Atienza (2013).

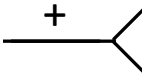
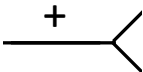
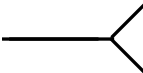
Antes de apresentar o mencionado diagrama, é interessante decodificar os principais argumentos e fatos sustentados no REsp 1.159.242.

1 - PROBLEMA (P)	Principal: É possível a compensação por danos morais em decorrência do Abandono Afetivo? Secundário: Em caso de resposta positiva, o valor arbitrado para o caso concreto se mostra razoável?
2 - QUESTÃO INTER-PRETATIVA (QI)	O Direito Brasileiro (normas, jurisprudência e doutrina) reconhece a possibilidade de compensação por danos em decorrência de abandono afetivo?
2.1 – Suposição 1 (SP-1)	Não , o arcabouço jurídico não prevê a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência de abandono afetivo.
2.1.1 – Argumentos a Favor da Suposição 1 (AF-SP-1)	Argumentos a seguir sustentam a Suposição 1:
(AF-SP-1)₁ 	[...] se os progenitores não dão assistência material, o que pode surgir daí é uma perda do pátrio poder ; isso é uma consequência.
(AF-SP-1)₂ 	[...] o universo de sentimentos que implica em uma família é algo difícil de mensurar.
(AF-SP-1)₃ 	[...] se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral...

	Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas.
(AF-SP-1)₄ →	[...] A perda do pátrio poder configura o crime de abandono material (art. 344 do Código Penal)
2.1.2 – Negação (N-SP-1)	A Suposição 1 é negada por um conjunto de argumentos com força maior.
(N-SP-1)₁ + 	[...] a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações , porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculado recebido pelo s filhos
(N-SP-1)₂ + 	[...] A existência de vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização pela consequência do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão injusta [...] reconhecida a indenizabilidade do dano moral pelo sistema jurídico, não há nele, sistema jurídico, causa dele excludente fundada em relação familiar, cujos direitos e obrigações recíprocos não podem, segundo o sistema jurídico, ser erigidos em cláusulas de não indenizar, não declaradas como tais pela lei.
(N-SP-1)₃ + 	[...] de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral , até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar.

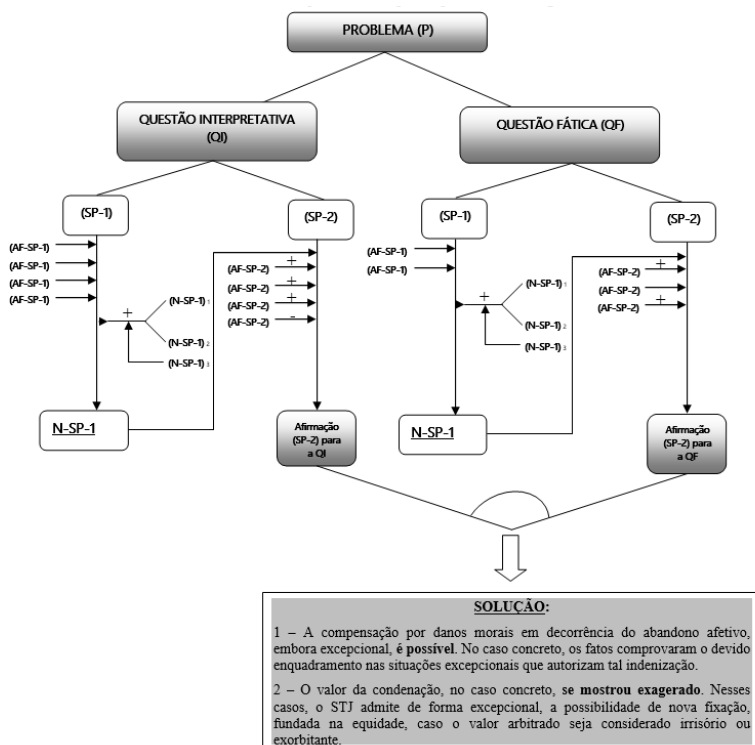
2.2 – Suposição 2 (SP-2)	Sim , o arcabouço jurídico permite inferir a possibilidade de compensação por danos morais em decorrência de abandono afetivo.
2.2.1 – Argumentos a Favor da Suposição 2 (AF-SP-2)	A negação (N-SP-1) da Suposição 1 é um argumento a favor da Suposição 2
(AF-SP-2) 1 	[...] não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.
(AF-SP-2) 2 	[...] o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança [...] o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.
(AF-SP-2) 3 	[...] O dano moral configura-se em situação de consciente ação ou omissão injusta do agente, com o resultado de grave sofrimento moral ao lesado.
(AF-SP-2) 4 	[...] Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso mesmo, inevitáveis [...] apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar a responsabilidade civil dos pais.

(AF-SP-2) 4 —→	De fato, na educação e na criação dos filhos, não há um molde perfeito a ser observado, pois não há como medir o grau de atenção, de carinho e de cuidados dispensados pelos pais a sua prole, pois cada componente da célula familiar tem também a sua história pessoal. [...] imprescindível apoiar-se sobre firme substrato e esclarecer que o abandono afetivo apenas ocorre quando o progenitor descumpre totalmente seu dever de cuidado, infringindo flagrantemente as mais mezinhas obrigações para com seu filho
3 - QUESTÃO FÁTICA (QF)	No caso concreto em estudo, restou comprovado que o pai (recorrente) abandonou afetivamente sua filha (recorrida) a ponto de se materializar o direito a reparação por danos morais?
3.1 – Suposição 1 (SP-1)	Não restou provado, no caso concreto, o abandono afetivo do pai (recorrente) em relação a sua filha (recorrida).
3.1.1 – Argumentos a Favor da Suposição 1 (AF-SP-1)	Argumentos a seguir sustentam a Suposição 1:
(AF-SP-1) ₁ —→	[...] reconheceu a sentença, analisando o fato da agressividade da genitora da autora, com atos concretos de agressão física ao requerido, inclusive no Fórum, tornou, em grande parte, impossível a tentativa de melhor relacionamento do requerido com a autora.
(AF-SP-1) ₂ —→	[...] Essa circunstância da ação negativa da genitora relativamente ao possível relacionamento da filha com o genitor foi, em verdade, reconhecida pelo próprio Acórdão.
3.1.2 – Negação (N-SP-1)	A Suposição 1 é negada por um conjunto de argumentos com força maior.
(N-SP-1) ₁ + 	[...] Os atos pelos quais se exteriorizou o abandono, que devem ser considerados neste processo, não são genéricos, mas, sim, concretos, apontados na petição inicial como fatos integrantes da causa de pedir, ou seja:

(N-SP-1)₁ + 	1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.[...]
(N-SP-1)₁ + 	[...]Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que foi sempre impedido de fazê-lo em relação ao alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos até a maioridade”[...]
(N-SP-1)₃ 	[...] embora seja inafastável a culpa do recorrente, deve-se levar igualmente em consideração a conduta da mãe da recorrida, que dificultou sobremaneira o relacionamento entre pai e filha
3.2 – Suposição 2 (SP-1)	Restou comprovado, no caso concreto, o abandono afetivo do pai (recorrente) em relação a sua filha (recorrida), a despeito de tal conduta ter sido minorada, no momento de se arbitrar o valor da indenização, em razão da ação negativa da genitora.
3.2.1 – Argumentos a Favor da Suposição 2 (AF-SP-2)	Aqui, também a negação (N-SP-1) da Suposição 1 é um argumento a favor da Suposição 2
(AF-SP-2)₁ + 	[...] No caso, ponderados os itens de resultado efetivo de padecimento moral, constantes da petição inicial, que baliza a causa de pedir e, consequentemente, condiciona o pedido, deve-se concluir que, realmente, é excessivo o valor fixado, porque não observada a proporcionalidade de ação e omissão do genitor, ora Recorrente, na causação do sofrimento moral à filha, ora Recorrida.

(AF-SP-2) 1 + →	[...] Alguns itens destacados pela petição inicial são exclusivamente de maior responsabilidade, senão de responsabilidade exclusiva, do genitor, sem que neles possa ser atribuída responsabilidade à genitora. [...] Outros itens são de responsabilidade compartilhada, ou, quiçá, talvez realmente obstada pela ação da genitora, pois não se poderia imaginar a dada de carinho, afeto, auxílio de presença pessoal, aconselhamento e semelhantes, diante de acirrada ação contrária ao genitor pela genitora, de modo que devem ser diminuídos valores componentes desses itens: (2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras
(AF-SP-2) 2 →	[...] a orientação desta Corte é, em princípio, não rever a fixação de valores por dano moral realizada pelos Tribunais de origem, mas ressalvando-se a possibilidade de nova fixação, fundada na equidade, caso o valor arbitrado seja considerado irrisório ou exorbitante
(AF-SP-2) 3 + →	[...] deve-se, pois, proporcionalizar a indenização pelo abandono afetivo da filha autora à ação e omissão efetiva do genitor autor, descontando-se a parcela de responsabilidade da genitora, evidente nos fatos reconhecidos pela sentença e pelo Acórdão – e em que pese à compreensão humana para com a situação da genitora, que, segundo os autos, teve, por oito anos, relacionamento pré-conjugal com o requerido, ora Recorrente, que veio a deixá-la grávida pouco antes do nascimento da filha autora, a qual só veio a ter a paternidade reconhecida por sentença judicial após longa resistência do genitor em duradouro processo.

Considerando a decodificação apresentada, o esquema sugerido por Atienza (2013), referente à decisão em estudo seria próximo do que é apresentado a seguir:



7. Argumentação jurídica no REsp 1.159.242/SP: avaliação à luz da teoria de Neil MacCormick

A estruturação realizada nas sessões anteriores permite observar como foi construído “esquema argumentativo” que compôs o Recurso Especial 1.159.242/SP possibilitando observar quais foram as teses debatidas bem como as conclusões dos ministros. Além disso, fica mais claro identificar quais foram os dados utilizados e quais as razões escolhidas como relevantes para sustentar os argumentos.

Conforme já foi dito, ao dar preferência a uma das possíveis leituras, utilizam-se os argumentos que MacCormick (2008) chama de argumentos interpretativos, divididos em argumentos linguísticos, sistêmicos e teleológico-avaliativos.

Com base nos esquemas apresentados, passa-se ao exame da correção dos argumentos dessa decisão, considerando seus aspectos interno e externo, à luz da teoria de MacCormick (2008).

Observando a decomposição da decisão no esquema proposto por Toulmin, fica evidente nos argumentos utilizados a preponderância dos sistêmicos, uma vez que nos votos vencedores, se buscou demonstrar a possibilidade jurídica da reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo por meio de uma análise contextual, já que não há disposição expressa em nenhuma legislação que proíba tal reparação. No voto vencido, proferido pelo ministro Massami Uyeda, também preponderam os argumentos sistêmicos. Contudo, no referido voto vencido, é possível identificar argumentos teleológico-avaliativos, em especial quando o ministro sustenta que a legislação já prevê punição para situações como a discutida no recurso, que seria a perda do pátrio poder, e dessa forma, incabível seria a condenação em danos morais, em razão de escapar à finalidade da norma.

MacCormick (2008) também propõe que, para avaliar a argumentação jurídica, tanto do ponto de vista dos votos quanto da decisão, sejam analisados os requisitos de consistência, coerência e universalidade.

No que diz respeito à consistência, analisando os votos separadamente vale mencionar que a primeira versão do voto da ministra relatora se mostrou em certo grau inconsistente, uma vez que alguns argumentos fáticos que ela reconheceu como verdadeiros não foram levados em consideração na sua conclusão. É que a ministra, a despeito de reconhecer na decisão que a mãe foi em grande parte culpada pelo afastamento do convívio entre o pai (recorrente) e sua filha (recorrida) não sopesou tal responsabilidade ao analisar o valor da condenação, votando pelo não provimento do recurso. Somente após o voto-vista do ministro Sidnei Beneti, por meio do qual se propôs ponderar o valor arbitrado pelo TJ/SP a título de reparação por danos morais, é que a relatora alterou seu voto, acompanhando integralmente os argumentos do referido voto-vista. Quanto aos demais votos, não foram identificadas inconsistências, não havendo, contradição nas fundamentações em relação às conclusões, podendo ser considerados, do ponto de vista interno, racionais.

Entretanto, analisando em conjunto a decisão, é possível inferir que ela apresenta problemas de consistência. Nesse contexto, importa mencionar que, em uma ordem democrática, é essencial que as pessoas possam divergir entre si, principalmente em questões polêmicas, como no caso tratado no REsp 1.159.242/SP. No entanto, as decisões judiciais, a despeito de permitirem a divergência, exigem fundamentações adequadas em respeito à segurança jurídica. Assim, é possível que uma decisão

inconsistente seja coerente com a ordem jurídica já que frequentemente, como ocorreu no caso em análise, existem votos vencidos e opiniões divergentes em casos difíceis. Para tanto, é necessário que as razões da decisão sejam inteligíveis e que se possam identificar as razões dos votos vencedores e dos votos vencidos.

No presente caso, porém, a despeito de estar presente certa inconsistência em razão de haver um voto vencido, não é difícil encontrar as razões que o tribunal apresenta para a decisão. Nesse sentido, a ementa da decisão reflete com precisão o que restou decidido.

No que diz respeito à coerência, deve-se perquirir se a decisão proferida no REsp 1.159.242/SP está em harmonia com os princípios e valores que dão sentido ao ordenamento jurídico pátrio.

Na decisão em análise, a despeito de haver divergência entre os votos, em conjunto, o acórdão apresentou solução que, embora polêmica, se mostra compatível com os valores e princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Como já se viu, restou decidido que é possível a reparação em decorrência do abandono afetivo sendo certo que as situações fáticas que podem dar ensejo a tal reparação, devem ser tratadas como casos excepcionais, que necessitam restar incontestemente comprovadas nos autos. A conclusão final, portanto, é coerente, pois admite a possibilidade da compensação econômica em decorrência de abandono afetivo sem se descuidar da subjetividade que tais pedidos poderiam ocasionar, uma vez que restou pontuado na decisão que as situações excepcionais necessitam de comprovação cabal, como ocorreu no caso concreto analisado.

No que se refere à universalidade, vale dizer que a decisão em comento atende tal requisito já que analisou o caso apresentado a luz do ordenamento jurídico pátrio levando em conta a situação fática da situação concreta. Ou seja, o caminho seguido na decisão permite sua universalização, na medida em que, situações semelhantes, comprovadas por fatos, levariam ao mesmo deslinde. É que os argumentos e critérios construídos para justificar a decisão concreta podem ser reproduzidos em qualquer outro caso igual nas suas particularidades.

Atienza (2013) complementa os critérios sugeridos por MacCormick (2008) para a avaliação dos argumentos. Entre os critérios sugeridos pelo mencionado autor, destaca-se, na decisão em análise o da razoabilidade. O voto do ministro Sidnei Beneti, ao acolher a tese da possibilidade de reparação por dano moral em decorrência do abandono afetivo, avaliou, de forma objetiva, o valor arbitrado pelo TJ/SP a título de compensação econômica. O ministro entendeu que, com base nas informações fáticas integrantes dos autos, as situações que levaram ao afastamento entre

pai (recorrente) e filha (recorrida) foram devidas, em grande parte, a genitora. Nesse contexto, o magistrado ponderou as responsabilidades que fizeram culminar no abandono afetivo entre pai e filha, reduzindo o valor arbitrado pelo TJ/SP de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00. O voto do ministro foi seguido nesse ponto pelos demais, inclusive pela Relatora que retificou seu voto inicial, vencido o ministro Massami Uyeda.

Considerações finais

A motivação das decisões proferidas pelo poder judiciário é uma garantia constitucional. Portanto, na medida em que os magistrados motivam suas decisões, as razões que conduziram seu raciocínio até sua conclusão, materializada na decisão de mérito, podem ser alvo de críticas, as quais, em um Estado Democrático de Direito, serão sempre legítimas. Contudo, a despeito de ser legítimo discordar de um posicionamento judicial, quando a análise se dá a partir de um prisma técnico, não se mostra razoável criticar sem apresentar as razões técnicas para tanto, sendo desejável a adoção de uma metodologia que permita, por meio de sistematização de critérios, avaliar de fato, a qualidade da motivação levada a efeito em uma decisão. Nesse contexto o estudo das argumentações jurídicas desenvolvidas pelos magistrados em suas decisões, por meio de metodologias sistematizadas é de fundamental importância, pois torna possível avaliar de forma ampla e criteriosa as decisões judiciais.

No caso concreto analisado, utilizando como parâmetro de análise as teorias argumentativas desenvolvidas por Stephen Toulmin (2006), Manuel Atienza (2013) e Neil McCormick (2008), foi possível verificar que as argumentações levadas a efeito nos votos que culminaram na decisão final proferida no REsp 1.159.242/SP, a despeito de apresentarem alguma inconsistência, além de um voto vencido, chegaram a uma conclusão final lógica e plenamente aplicável a casos semelhantes.

Sobre o mérito do que restou decidido é possível avaliar que a decisão tomada no REsp 1.159.242/SP abriu uma nova frente, lógica e coerente, no que diz respeito à possibilidade de compensação por danos morais em decorrência do abandono afetivo. Isto porque, até então, a jurisprudência pátria não admitia tal possibilidade. Nesse sentido, algumas jurisprudências merecem citação:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. II. Recurso especial não conhecido. (STJ. Recurso

Especial 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 24 de novembro de 2005)

DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUE SE AFASTA DO FATO CONCRETO DE QUE NÃO HÁ ÓBRIGAÇÃO LEGAL DE O PAI AMAR O FILHO. De onde advém o carinho e o afeto naturais. Inexistência de ato ilícito porque não se pode obrigar a amar ou manter relacionamento afetivo. Jurisprudência do STJ. Hipótese em que se trata de filho cuja paternidade só foi reconhecida judicialmente e na qual falta o amor natural que se tem em relação aos filhos esperados e amados desde a concepção. Dano psíquico que, quando existe, não acarreta indenização de quem poderia e não deu afeto e amor. Deficiência física no desenvolvimento das orelhas que não foi a causa da falta de relacionamento do pai com o filho. Ação corretamente julgada improcedente. Recurso improvido por maioria de votos. (TJ/SP. Apelação Cível 545.352.4/5. Relator: Des. Maia da Cunha. Julgado em 21 de maio de 2009).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. [...]5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (TJRS. Apelação Cível 70029347036. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 11 de novembro de 2009).

Ao inaugurar uma nova possibilidade a decisão em estudo entra em evidência no sentido de que, para a mudança de entendimento, novos argumentos precisam ser construídos. Daí a relevância de se analisar a decisão do ponto de vista interno e externo, de forma a verificar se sua conclusão, ao negar as decisões anteriores, faz sentido.

No caso concreto estudado, a despeito de não haver o consenso entre os ministros, avalia-se que a decisão final se mostrou coerente em consonância com os valores e princípios que dão sentido ao ordenamento jurídico pátrio. Vale dizer que os votos vencedores apresentaram argumentos semelhantes ou complementares entre si no que diz respeito a possibilidade de reparação por dano moral em decorrência de abandono

afetivo. Quanto ao voto vencido, embora coerente do ponto de vista interno, ele não apresentou argumentos jurídicos sólidos capazes de afastar a tese que prevaleceu.

Portanto, a tese vencedora, a despeito da divergência que culminou em um voto vencido, está refletida com precisão na ementa do julgado e pode ser aplicada a casos semelhantes, o que destaca a universalidade da decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2014.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. **Argumentação Jurídica e Direito Contemporâneo: curso introdutório**, realizado de 31 de agosto a 04 de setembro de 2015, carga horária de 15 h. Notas de Aula.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242/SP**. Inteiro Teor do Acórdão. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 24 de abril de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 757.411/MG**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 24 de novembro de 2005.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 545.352.4/5**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Des. Maia da Cunha. Julgado em 21 de maio de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70029347036**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 11 de novembro de 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 16, n. 2, mai./ago. 2011.

ROESLER, Claudia R.; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19, n. 3 - set./dez., 2014, p. 663-694.

ROESLER, Claudia R. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Vol. 1, n. 2 - jan./abr., 2016, p. 79-95.

ROESLER, Claudia R.; SANTOS, Paulo Alves. **Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas**. Artigo aceito para publicação em Revista Direito GV.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CONFLITOS DE AGÊNCIA E DIREITO SOCIETÁRIO:

Conceitos, estratégias e soluções.

Gabriel Campos Soares da Fonseca¹

Sophia Guimarães²

RESUMO

O presente artigo busca realizar uma análise interdisciplinar a respeito dos conflitos de interesse entre acionistas e administradores no âmbito do Direito Societário. Para tanto, utiliza-se do referencial teórico da Análise Econômica do Direito (AED), incorporando, assim, ferramentas analíticas das Ciências Econômicas para perquirir como arranjos institucionais e regramentos jurídicos podem afetar o comportamento dos atores relevantes e gerar maior eficiência ao ambiente econômico envolvido. O objeto de estudo é a relação entre acionistas e administradores, enquadrando-a como uma relação de agência (principal-agente). A hipótese é a de que estratégias jurídicas e mudanças institucionais relacionadas à governança corporativa de uma Companhia podem reduzir ou ao menos conter os custos econômicos gerados pelos conflitos de agência entre acionistas e administradores.

Palavras-chave: Administração delegada. Propriedade de capital. Conflitos de Agência. Acionistas. Administradores. Governança Corporativa.

ABSTRACT

This paper aims to conduct an interdisciplinary analysis regarding the conflicts of interest between shareholders and managers among the scope of Corporate Law. In order to do so, we use the theoretical framework of the Economic Analysis of Law (Law and Economics), thus incorporating Economics' analytical tools to investigate how institutional designs and legal norms can affect the behavior of relevant actors generating greater efficiency within the economic environment. The object of study is the

¹ Graduando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado (UnB). Ex-Editor-chefe da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (2016-2018).

² Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora e bolsista do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado (UnB). Membro da Clínica EIXOS – Judiciário e Cidadania (UnB).

relationship between shareholders and managers, framing it as an agency relationship (principal-agent). The hypothesis of the text is that legal strategies and institutional changes related to the corporate governance of the Company can reduce or at least contain the economic costs generated by these agency relationships.

Keywords: Delegated Administration. Capital Ownership. Agency Conflicts. Shareholders. Managers. Corporate Governance.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma abordagem interdisciplinar a respeito do papel do Direito Societário e dos arranjos de gestão empresarial para a criação de incentivos comportamentais aos atores econômicos envolvidos nas atividades de uma Companhia – acionistas, administradores, órgãos internos e terceiros contratantes. Nesse sentido, busca-se responder, ainda que de forma não exauriente, ao seguinte problema de pesquisa: quais são as estratégias jurídicas³ manejáveis para solucionar os problemas de agência? Para tanto, o trabalho se apoiará na obra *“The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach”* (KRAAKMAN; ARMOUR; ENRIQUES, 2009), enquanto marco teórico central.

Problemas ou conflitos de agência emergem quando há uma relação de representação de uma das partes pela outra, desde que configuradas a assimetria de informações e a contraposição entre os incentivos de cada um dos sujeitos. Aplicado ao nosso enquadramento, no âmbito do Direito Societário, remetem às relações bilaterais em ao menos 3 (três) níveis: (i) entre administradores e acionistas, (ii) entre classes de acionistas e (iii) entre a Companhia e os fornecedores. O escopo do trabalho, todavia, abrangerá apenas o primeiro nível, adentrando nos conflitos de interesse entre acionistas e administradores e nos custos oriundos dessa relação de agência.

Para desenvolver essa reflexão, o artigo está dividido em 3 (três) partes. A primeira se vocaciona para uma contextualização do referencial teórico-metodológico que norteia o presente texto: *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito). A segunda é descritiva e visa expor, de maneira detalhada, o que são problemas de agência e como esse conceito econômico pode ser aplicado às relações entre acionistas e administradores no âmbito de uma Companhia. Por fim, a terceira parte é descritiva e propositiva, com o intuito de mapear os custos de agência oriundos dessas interações.

³ A expressão ‘estratégia jurídica’ é utilizada para se referir à aplicação de normas jurídicas como uma forma de coibir o oportunismo que seria esperado caso a ação fosse pautada tão-somente pela racionalidade econômica.

Com o mapeamento de pesquisas já realizadas no campo, será testada a hipótese de se as estratégias de governança corporativa e as políticas de monitoramento de gestão são mecanismos jurídicos e institucionais capazes de organizar os incentivos e promover a convergência de interesses no ambiente econômico-empresarial e se, consequentemente, podem reduzir os custos oriundos dessa relação de agência.

1. LAW AND ECONOMICS: UMA VISÃO GERAL

Relações sociais e econômicas representam construções culturais que, via de regra, acabam por moldar e formatar os arranjos institucionais e a disciplina legal de uma nação. No entanto, essa relação é ambivalente, apresentando notável reciprocidade. As regras jurídicas e as instituições⁴ legais, igualmente, possuem papel relevante na construção e na conformação da realidade econômica (PORTO, 2009, p. 45). Isso, por exemplo, na medida em que fornecem maior segurança jurídica e previsibilidade para as interações econômicas, consequentemente, estabilizando as expectativas dos agentes econômicos (MELLO, 2006, p. 47-49).

Em razão disso, as relações entre Direito e Economia têm sido cada vez mais exploradas por acadêmicos, operadores do direito e agentes econômicos, que corriqueiramente necessitam resolver problemas complexos envolvendo (i) escassez de recursos e (ii) conflitos de interesses. Trata-se do confronto de dois parâmetros de racionalidade: justiça e eficiência. É dizer: tem-se buscado, por meio de uma análise interdisciplinar entre os campos do Direito e da Economia, alocar recursos da forma mais justa possível, a partir do auxílio de critérios e de métricas de eficiência, coordenação e estabilidade social.

Em meio a esse contexto, ganhou relevo o campo de pesquisa cunhado de *Law and Economics* ou *Economic Analysis of Law* fazendo com que juristas e economistas debatessem a respeito da medida ótima na qual os raciocínios de Teoria Econômica poderiam se aplicar à análise de regras jurídicas, de instituições e de diplomas legais.

Em suma, essa corrente teórica, a AED (SALAMA, 2017), utiliza modelos estruturais e ferramentas analíticas das Ciências Econômicas a fim de discutir, positiva ou normativamente, questões jurídicas centrais, como a formação e a quebra de contratos, o direito de propriedade,

⁴ Adota-se aqui o conceito de instituições exposto por Douglass C. North (1991, p. 97): “instituições são restrições, criadas por humanos, que estruturam e moldam as interações políticas, econômicas e sociais. Elas consistem não só em constrangimentos informais (como sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta), como também em regras formais (como constituições, leis e direitos de propriedade)”.

os níveis de litigância em Tribunais e até mesmo os custos sociais da criminalidade, a partir de pressupostos econômicos centrados no bem-estar geral.

Apesar de não haver uma data específica que marque seu começo, parte dos estudiosos (POLINSKY, 2005, p. 2) desse campo de estudos afirmam que os trabalhos prévios de Jeremy Bentham (1827) teriam influenciado fortemente a criação dessa perspectiva teórica. Isso porque o autor sistematicamente examinou o comportamento de agentes sociais em face de incentivos legais, avaliando os resultados obtidos em consonância com um *standard* expresso de bem-estar social: o utilitarismo. Todavia, somente a partir da década de 1960, no âmbito da Universidade de Chicago, é que a Análise Econômica do Direito ganhou força como disciplina própria, especialmente na academia estadunidense, a partir dos seminais trabalhos desenvolvidos por Guido Calabresi, por Ronald Coase e por Gary Becker, bem como, posteriormente, com os escritos de Robert Cooter, de Thomas Ulen e de Richard Posner.

Segundo Louis Kaplow e Steven Shavell (1999, p. 3), ambos professores da Universidade de Harvard, o intuito da Análise Econômica do Direito é responder, em linhas gerais, duas perguntas a respeito dos institutos e instituições jurídicos: (i) “*quais efeitos as normas jurídicas produzem no comportamento de atores relevantes?*” e (ii) “*seriam esses efeitos socialmente desejáveis?*”.

Para os autores, em ordem de respondê-las, a AED se empresta da ratio da análise econômica geral, partindo, então, do seguinte pressuposto: o comportamento de indivíduos e de empresas pode ser melhor descrito a partir da assunção de que esse comportamento se baseia, de modo geral, em uma lógica racional, isto é, a partir da predição de suas consequências futuras. Mais do que isso, para eles, a estrutura da *welfare economics* seria adotada por essa abordagem justamente para avaliar o que seria ou não socialmente desejável.

Com o passar do tempo, no entanto, o campo de estudos se desenvolveu, se sofisticou e se ramificou, incorporando novos pressupostos⁵ e se alastrando para as mais diversas áreas do direito⁶, que não só o direito privado. Apenas a título de exemplo, ao longo dos anos, autores voltados a melhor compreender as diversas interfaces entre o sistema econômico e as instituições legais absorveram pressupostos da Nova Economia Institucional (NEI) com o objetivo de explorar a (i) funcionalidade

⁵ Vide PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, v. 18, n. 3, december 2004.

⁶ Nesse sentido, ACKERMAN, Susan Rose. The economic analysis of public law. *European Journal of Law and Economics*, v.1, n. 1, pp. 53-70, 1994.

econômica, (ii) a eficiência e (iii) as motivações econômicas por trás da adoção e da mudança de arranjos institucionais, como leis, contratos e formas organizacionais (PONDÊ; POSSAS; FAGUNDES, 2002, p. 161-188). De outra sorte, o avanço dos estudos em economia comportamental (*Behavioral Economics*), por autores como Richard Thaler, Cass Sunstein e Christine Jolls (1998) têm, cada vez mais, “atualizado” e dado maior consistência empírica ao entendimento do comportamento humano, superando o pressuposto econômico neoclássico da pura racionalidade individual, o *Homo Economicus*.

Cumpre ressaltar, no entanto, que tal referencial teórico sofreu duras críticas da academia estadunidense e mundial, em especial ao papel normativo que o princípio “eficiência” possui (ou deveria possuir) no sistema jurídico e quanto às possíveis incoerências metodológicas da aplicação de pressupostos econômicos ao interpretar e avaliar controvérsias jurídicas e instituições legais.⁷

No entanto, para os fins deste trabalho, uma perspectiva interdisciplinar que aplique pressupostos econômicos ao fenômeno jurídico pode, em verdade, auxiliar a detectar e a solucionar problemáticas atinentes ao Direito Empresarial. Uma análise dessa ordem pode subsidiar o desenho de arranjos institucionais e de regramentos legais passíveis de gerar os incentivos “corretos” aos agentes econômicos, cujo resultado esperado é a melhoria no desempenho das Companhia e na circulação de riquezas em geral. Como se buscará demonstrar a seguir, portanto, não se trata de contaminar, tampouco perverter o raciocínio jurídico com pressupostos econômicos, mas aplicá-los a fim de trazer efeitos positivos na gestão e na governança corporativas.

2. CONFLITOS DE AGÊNCIA E COMPANHIAS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOCIETÁRIO

Como visto, normas jurídicas possuem o condão de efetuar incentivos em relação ao comportamento de *players* relevantes no âmbito econômico. No entanto, existem situações em que os interesses econômicos dos agentes envolvidos são conflitantes e até divergentes. Nesse sentido, o Direito Societário (*Corporate Law*) possui a função, dentre outras, de controlar os conflitos de interesse entre os membros constituintes de uma Companhia, incluindo aqueles entre os “*insiders*”, como entre o(s) acionista(s) controlador(es) e o(s) administrador(es), bem

⁷ Sobre o tema, em uma perspectiva global, vide DRIESEN, David; MALLOY, Robin Paul. Critiques of Law and Economics. In: PARISI, Francesco (Editor). *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1 - Methodology and Concepts*, 2017. Sobre o tema no contexto brasileiro, vide PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. *Tulane Law Review*, v. 90, p. 430-470, 2015.

como entre os “outsiders”, como entre os acionistas minoritários e os credores (ARMOUR; HANSMANN; KRAAKMAN, 2009, p. 2).

Esses conflitos de interesse podem ser melhor enquadrados no que os economistas se referem a “conflitos de agência” ou a “problemas de principal-agente”. No sentido conceitual mais abrangente, problemas de agência surgem em situações em que o interesse de uma das partes, cunhada de “principal”, depende de ações de outra parte, denominada “agente”. Na essência, relações contratuais entre empregadores e empregados, de modo geral, possuem importantes elementos de agência (ROSS, 1973, p. 1).

A problemática emerge na busca por motivar o “agente” a se comportar de acordo com o interesse do “principal”, em vez de simplesmente agir conforme seu próprio interesse. A razão central dessa dificuldade, porém, está na assimetria de informações. Via de regra, como o “agente” possui mais e melhores informações do que o “principal”, no tocante a fatores determinantes para a tomada de decisão, o “principal” não pode presumir que a performance do “agente” será exatamente aquilo que ele prometeu que iria fazer. Aliás, mesmo que cumpra o prometido, subsiste ainda o receio de que a solução proposta pelo “agente” não seja a que melhor atende às aspirações do “principal”.

Diante desse quadro, o “agente” possui um incentivo de agir oportunisticamente, isto é, tendo um comportamento egoístico em prol do seu próprio interesse. Oportunista, portanto, à medida que não coloca todo o seu empenho para garantir a máxima qualidade em sua performance ou à medida que desvia para si parte do que foi prometido ao “principal”. Assim, o valor (“outcome”) que o “principal” auferir pela performance do “agente” será reduzido, seja diretamente ou indiretamente, caso o “principal” tenha que arcar com os custos de monitorá-lo (ARMOUR; HANSMANN; KRAAKMAN, 2009, p. 2).

Aplicando-se esse raciocínio econômico para o âmbito do Direito Societário, é possível dizer que há um conflito de agência entre acionista(s) e administrador(es). Nessa relação, os acionistas assumem a posição de “principal”, e o administrador assume a de “agente”, pois que há uma relação contratual para representação de interesses. Nesse sentido, partindo-se do pressuposto de que os acionistas comprem ações visando lucro, o administrador deve tomar ações que façam o valor da empresa aumentar, conseqüentemente, maximizando o valor corrente de cada ação. O problema da questão, todavia, está em assegurar que os administradores serão responsivos aos interesses dos donos (acionistas) e que não buscarão tomar decisões que lhe tragam simples ganhos pessoais.

De maneira geral, o problema de agência surge em situações de notável conflito de interesses entre acionistas e administração. Assim, por exemplo, custos de agência podem surgir, caso a administração se desvirtue de sua função precípua de aumentar o valor da Companhia. A identificação desses comportamentos desviantes faz com que acionistas tenham o ônus de monitorar ou influenciar a atuação da administração.

Regras jurídicas e arranjos institucionais, porém, possuem grande capacidade em reduzir os custos oriundos desses conflitos de agência. De forma sucinta, os mecanismos de contenção desses custos podem ser classificados em duas categorias: (i) regulatórios, quando incidem diretamente sobre comportamentos, e (ii) direcionados à governança, na medida em que promovem mudanças estruturais a refletir na alocação dos custos de ação e, por conseguinte, no controle que a parte representada (principal) exerce sobre a representante (agente). Para os fins do presente trabalho, iremos nos focar na segunda categoria, mais especificamente quanto à governança corporativa.

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA: RESPONDENDO AO CONFLITO DE AGÊNCIA

A formulação mais abrangente para a expressão “governança corporativa” consiste em apontá-la como o sistema pelo qual as Companhias são gerenciadas e controladas (HOPT, 2011, p. 6). Assim, cumpre notar que a governança corporativa guarda íntima relação com a administração delegada com estrutura colegiada, característica estruturante das corporações, pois opera na criação e na democratização do acesso aos mecanismos de *accountability* (ARMOUR; HANSMANN; KRAAKMAN, 2009, pp. 13-14). Essa relação de prestação de contas, por seu turno, estabelece-se entre os administradores e os demais acionistas ou até mesmo entre os acionistas minoritários e os controladores

Nesse ponto, o elemento estrutural da ‘transferibilidade’ das cotas, sob a forma de ações despersonalizadas, também é uma referência interessante (ARMOUR; HANSMANN; KRAAKMAN, 2009, pp. 11-13), na proporção em que contribui para constranger a atuação dos administradores. Isso porque a chance de uma aquisição hostil, em que o controle acionário seria substancialmente alterado, funciona como uma ‘ameaça constante’ de que eventuais práticas de malversação de recursos serão descobertas. Ainda quanto à transferibilidade das cotas, seja pela oferta das ações no mercado, seja pela excepcional situação de retirada, ela permite que ingressem na Companhia outros sujeitos, dispostos a participar das discussões e a fiscalizar a Administração de forma mais assertiva.

Se quisermos enquadrá-la pela sua influência no ordenamento jurídico, e não só nas questões internas da Cia., a governança corporativa pode ser apresentada como um meio de tutelar a confiabilidade dos mercados de valores mobiliários. Na esteira desse raciocínio, há de se destacar a tendência, na primeira década do século XXI, de elaboração de códigos de boas práticas de governança corporativa, não só a nível nacional, como também por iniciativa de organismos supranacionais. Seria, portanto, um vetor do interesse público a se irradiar para o âmbito privado⁸, quando determina que certas formas de gestão e de organização interna das S.A. são mais desejáveis que outras (SILVEIRA, 2010. p. 218).

À guisa de ilustração, cumpre salientar que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) emitiu, em 2002, uma Cartilha sobre a temática, da qual se lê o seguinte conceito:

(...) o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas (Recomendações da CVM sobre governança corporativa, junho de 2002, p. 1, grifos nossos).

A definição adotada pela CVM se aproxima da compreensão da governança em uma perspectiva mais ampla – a relação entre *shareholders e stakeholders*, incluídos neste último grupo os clientes, os prestadores de serviço, os fornecedores e a própria comunidade. Diante dessa definição, cumpre retomar a pergunta deste trabalho: quais são as regras e os standards mais apropriados para conciliar os interesses dos vários sujeitos que estão relacionados às atividades de uma Companhia?

Certamente, a governança é uma temática a ser melhor problematizada na interface entre Direito e Economia. Para responder à indagação *supra*, uma das linhas possíveis seria compreender as práticas de gestão e de controle das S.A. utilizando como variável a taxa de retorno dos investimentos. A despeito de ser uma abordagem interessante, o recorte temático a que nos debruçaremos é a aplicação da teoria da agência perante a dinâmica de administração das sociedades anônimas.

Desse modo, a governança corporativa seria uma alternativa quando, para um contexto fático, os custos de coordenação para o principal são relativamente baixos, portanto atrativos. Ou seja, os indivíduos que

⁸ Nesse sentido, argumenta-se que uma das primeiras iniciativas formalizadas com o escopo de definir governança corporativa e de prescrever as práticas de boa governança foi o Cadbury Report, no Reino Unido, em 1992. Cf. CADBURY, Sir A. Report of the committee on the financial aspects of corporate governance. Londres: Professional Publishing Ltd – Gee., 1992.

compõem a parte com menor número de informações, que correspondem àqueles que delegam seu poder decisório (acionistas sem direito a voto, por exemplo), estão dispostos a se unir e a alinhar seus interesses para agir como um grupo coeso face aos agentes, os detentores do maior número de informações e, via de regra, os que recebem e exercem poderes delegados.

Em uma primeira delimitação teórica do campo, *Adolf Berle e Gardiner Means* buscaram identificar quais eram as vantagens e os custos da separação entre a propriedade e o controle no funcionamento das sociedades anônimas, concluindo que a pulverização do capital social favoreceria a que os gestores agissem em proveito próprio (BERLE; MEANS, 1932). Contudo, a primeira pesquisa que versou especificamente sobre os custos de agência no Direito Empresarial é de autoria de Michael Jensen e William Meckling (JENSEN; MECKLING, 1976).

Nesse particular, os autores propuseram uma nova roupagem para a teoria da firma e cunharam o termo “estrutura de propriedade”, deslocando a análise de uma relação entre capital e ações, para observar a alocação de poder entre os acionistas internos (administradores) e os externos (investidores que não interferem na gestão) (JENSEN; MECKLING, 1976, p. 343). Jensen e Meckling (1976) desenvolveram uma análise por modelagem, a qual foi comprovada por uma série de testes empíricos posteriores, com destaque para a pesquisa de Morck, Shleifer e Vishny (MORCK; SHLEIFER; VISHNY, 1988). Cabe aqui uma digressão para afirmar que, no sistema norte-americano da época, os administradores cumulavam as funções de investidores e de conselheiros.

Sem pormenorizar a metodologia utilizada (variável Q de Tobin), é certo que Morck et al. (1988) comprovaram a seguinte hipótese: existe uma relação não monotônica entre o aumento do valor de mercado de uma S.A. e o aumento da concentração da posse de ações por parte dos administradores⁹. Para a amostra estudada, isso implicou uma série de conclusões: (i) quando os administradores detinham menos de 5% das ações, havia uma relação positiva, com o aumento do valor de mercado da S.A.; (ii) quando os administradores detinham entre 5% e 25% do total de ações, a relação era negativa, sem o aumento do valor de mercado; (iii) por fim, com um percentual de controle acionário maior que 25% por parte dos administradores, a relação volta a ser de crescimento.

É preciso reconhecer que a realidade retratada nesse teste em muito se diferencia do contexto brasileiro. O contraste se inicia com o

⁹ Os autores dividiram os espaços amostrais em administradores (i) com 0 a 5% do capital social, (ii) com 5% a 25% do capital social e (iii) com mais de 25% do capital social.

lapso temporal decorrido entre a coleta dos dados acima e a atualidade; destaquem-se, ainda, as diferenças de cultura organizacional e de regulação jurídica no Brasil e nos Estados Unidos. Em contrapartida, a demonstração desses resultados serve para reforçar o argumento de que o conflito de interesses não é uma variável linear. Apenas a título de exemplo, cite-se que Morck et al. (1988) atribuíram o descompasso entre a posse de ações pelos administradores e o sucesso operacional na faixa dos 5% aos 25% a um fenômeno a que denominaram “entrenchamento”, isto é, a orientação da atuação dos gestores para se manter no cargo, com altos salários e pelo maior tempo possível.

Diante do exposto, podemos concluir que a governança corporativa, enquanto uma resposta aos custos de agência que se configuram na relação entre gestores e investidores, não possui uma versão única, uma formulação universalizável. No sentido de afastar as pretensões de vislumbrar a governança corporativa como uma fórmula única, é interessante remeter ao estudo de La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer e Vishny.

Trata-se de uma pesquisa sobre os modelos de gestão das S.A. em 49 nações, por meio da qual se diagnosticou que o elevado grau de pulverização do capital social é um traço mais comum nos países em que surgiu a aplicação da teoria da agência, quais sejam, os Estados Unidos e a Inglaterra (LA PORTA; LOPEZ-DE-SILANES; SHLEIFER; VISHNY, 1998). Na América Latina, por outro lado, prevaleceria a dinâmica do acionista controlador, cujo poder se estende à escolha quase monocrática dos administradores, de forma que o problema de agência se coloca na relação entre o controlador e os minoritários (BORGES; SERRÃO, 2005).

Dessa sorte, feito o delineamento da governança em suas dimensões jurídica e empírica, cumpre descrever alguns dos meios pelos quais pode ser implementada, levando em consideração à necessidade de promover a convergência de interesses. Assim, os custos de agência incluem (i) os custos para a elaboração e para as modificações dos regimentos internos das S.A., (ii) as despesas do principal com o monitoramento das decisões, (iii) os gastos do agente para provar ao principal que age de boa-fé e (iv) as perdas residuais do principal por estratégias equivocadas do agente (SAITO; SILVEIRA, 2008, pp. 79-86).

Com o ímpeto classificatório que lhes é característico, no estudo de várias jurisdições, Armour, Hassman e Kraakman (2009, pp. 8-10) dividem a governança em *estratégias direcionadas para expandir o poder do principal*, subdivididas na democratização dos (i) direitos de indicação dos membros de Conselhos e dos (ii) direitos de participação, e nas *estratégias*

para interferir no cálculo de custo-benefício pelos gestores, consubstanciadas no (iii) direcionamento de incentivos.

No que concerne aos direitos de indicação, são exemplos os processos de eleição e de destituição dos administradores. No âmbito dos direitos a participar das deliberações, enumeram-se o poder de definir as pautas e de instaurar as discussões em Assembleia e o poder de veto (ARMOUR et. al., 2009, p. 8). Consequentemente, quanto mais classes de ações usufruírem dos direitos de indicação e de participar das deliberações, mais amplo será o controle e menores serão os custos de agência.

Ademais, no âmbito do direcionamento de incentivos, Armour, Hassman e Kraakman (2009, p. 9) *apontam a cultura organizacional da confiança*¹⁰ e a política de concessão de vantagens pela boa gestão dos recursos, também denominada de lógica da recompensa. Esta última é uma forma diferenciada de encarar a distribuição de dividendos: o fato de que a S.A. poderá atingir seu objetivo precípuo de propiciar lucro funciona para direcionar esforços em torno de uma gestão eficiente dos recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interface entre o Direito e a Economia tem se revelado um profícuo campo para pesquisas empíricas e análises teóricas que visam a conferir maior previsibilidade às reações dos agentes face aos incentivos que lhes circundam. Mais do que uma ‘contaminação’ metodológica, a Análise Econômica do Direito perfaz uma relação de complementaridade e interdisciplinaridade, cujo objetivo é incorporar às decisões tanto parâmetros de eficiência, quanto ponderações de justiça.

Diante dessa tendência, desponta o interesse dos operadores do Direito e dos formuladores de políticas públicas em se valer dos escritos de *Law and Economics*, corrente teórica que, a despeito do senso comum, tem evoluído para uma abordagem dos problemas sociais para (muito) além da racionalidade perfeita. Assim, é cada vez mais aceito que a unidade de análise seja um sujeito que não se pauta, sempre e a todo instante, pela maximização dos lucros (*homo economicus*), mas antes há de se considerar um indivíduo cujas ações e intenções são influenciadas por incentivos de múltiplas ordens.

¹⁰ Esse conceito, tradução livre de “trusteeship strategy”, refere-se ao controle preventivo de uma gestão de recursos voltada aos interesses pessoais. Consiste, acima de tudo, em um componente ético, com o surgimento de uma consciência de que as decisões afetam não só os rumos da sociedade, mas também a reputação profissional do administrador. Como exemplo, Armour, Hansmann e Kraakman (2009, p. 9) trazem a figura do diretor independente e a contratação de auditores fiscais que não compõem os quadros da empresa.

Partindo desse pressuposto, o artigo versou sobre os conflitos de agência, de uma perspectiva conceitual, aplicando tal conceito econômico à administração das Companhias. Conforme vislumbramos, desde a década de 1930, a doutrina norte-americana tem descrito os impactos da separação entre a propriedade e a gestão no âmbito da organização da grande atividade econômica empresarial.

Vale rememorar que foi priorizada a demonstração do problema entre o principal e o agente com os seguintes personagens: acionistas (“proprietários” da Companhia) e administradores (responsáveis pela gestão de tal), respectivamente. O recorte temático é justificado pelo fato de que é justamente neste conjunto de interações que fica mais patente a divergência entre os interesses individuais – a citar, a atuação dos administradores em prol de sua perpetuação no cargo e do aumento de sua remuneração – e as medidas necessárias para o sucesso operacional e o aumento do valor de mercado da Cia.

Nesse particular, o seguinte trabalho investigou de que forma a governança corporativa pode ser manejada para reduzir os custos de agência e, por conseguinte, organizar incentivos e esforços para que a Companhia atinja seu objetivo precípua, qual seja, a formação de valor – a geração e a distribuição de dividendos.

Constatou-se, como resultado do levantamento de bibliografia e de dados empíricos acerca da temática, que a governança está pautada pelo monitoramento de ações, visando a uma maior transparência acerca das decisões tomadas no âmbito da gestão e à democratização da participação nessas deliberações. Por todo o exposto, descortina-se um tema que requer a sistematização das diversas estratégias de difusão do controle, a fim de que cada Companhia possa mapear quais são as mais compatíveis com a composição do seu capital social, com seu desempenho no mercado, com o perfil dos investidores e com os problemas de administração que enfrenta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Susan Rose.** The economic analysis of public law. **European Journal of Law and Economics**, v.1, n. 1, pp. 53-70, 1994.
- ANGARITA, Antonio et al.** **A sociedade anônima e a democracia na América do Sul [recurso eletrônico]: regulação e governança corporativa.** São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier.** Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement. **Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business; Discussion Paper no. 644**, 2009.

_____. The Essential Elements of Corporate Law. **Oxford Legal Studies Research Paper No. 20/2009**; **Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 387**; **Harvard Law and Economics Research Paper No. 643**; **Harvard Public Law Working Paper No. 09-39**; **ECGI - Law Working Paper No. 134/2009**. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1436551>. Acesso em 20 set. 2018.

BENTHAM, Jeremy. **Rationale of Judicial Evidence**. London: Hunt and Clarke, vol. 5, 1827.

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **The Modern Corporation and Private Property**. New York: Macmillan, 1932.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; SERRÃO, Carlos Fernando de Barros. Aspectos de Governança Corporativa Moderna no Brasil. **Revista do BNDES**, v. 12, n. 24, p. 111-148, dez. 2005.

DRIESEN, David; MALLOY, Robin Paul. **Critiques of Law and Economics**. In: PARISI, Francesco (Editor). **The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1 - Methodology and Concepts**, 2017.

HOPT, Klaus J. Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. **The American Journal of Comparative Law**, v. 59, n. 1, jan. 2011, pp. 1-73.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. **Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business; Discussion Paper no. 251**, 1999.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia em Weber. **Revista Direito GV, São Paulo**, v.2, n.2, p. 45-66, jul-dez, 2006.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, v.5, n. 1, p. 97-112, 1991.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. **Tulane Law Review**, v. 90, p. 430-470, 2015.

PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, december 2004.

POLINSKY, Mitchell A. Economic Analysis of Law. **Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business; Discussion Paper no. 536**, 2005.

PONDÉ, João Luís; POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge. **Economia Institucional: Custos de Transação e Impactos sobre a Política**

de Defesa da Concorrência. In: Mario Luiz Possas (Org.). Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, p. 161-188, 2002.

PORTO, Antônio José Maristrello. The Legal and Financial System Link: A Case Study from Brazil. **Journal of Legal Technology Risk Management**, v. 4, p. 40-55, 2009.

ROSS, Stephen A. The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem. **American Economic Review**, vol. 63, n.2, p. 134-139, 1973.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. Revista de Administração de Empresas, vol. 48, n. 2, abr-jun 2008, pp. 79-86.

SALAMA, Bruno Mayerhof. **Análise Econômica do Direito. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abr./2017.**

SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R; JOLLS, Christine. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471-1547, 1998.

ANÁLISE DAS NORMAS ANTIELISIVAS NOS TRATADOS CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO FIRMADOS PELO BRASIL

Gabriel Rübinger-Betti¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo identificar as normas antielisivas contidas nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil e analisá-las à luz do Sistema Tributário Nacional. Primeiramente, apresentamos o conceito de elisão fiscal no debate doutrinário brasileiro, apontando para a sua licitude, em contraste com a evasão fiscal. Em seguida, identificamos, a partir do Sistema Tributário Nacional, que uma norma antielisiva tem por contorno ideal a objetividade e a segurança jurídica. Finalmente, identificamos as normas antielisivas contidas nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil, classificando-as segundo seu conteúdo. De um universo de 33 tratados contra a dupla tributação dos quais o Brasil é signatário, foram identificadas 16 normas antielisivas em 8 tratados. Dessas normas, 11 são específicas e 5 são genéricas. Concluimos pela constitucionalidade das normas antielisivas específicas e pela inconstitucionalidade das normas antielisivas genéricas.

Palavras-chave: Tratados contra a dupla tributação; Planejamento tributário internacional; Normas antielisivas.

ABSTRACT

This article aims to identify the anti-avoidance rules in the double tax treaties signed by Brazil and analyze according to the Brazilian tax system. First, we present the concept of tax avoidance in the Brazilian legal debate, pointing that it should be considered lawful, in contrast to tax evasion. Next, we sustain, from the viewpoint of Brazilian tax system, that an anti-avoidance rule should ideally be objective and ensure legal certainty. Finally, we identify the anti-avoidance rules in the double tax treaties signed by Brazil and classify them according to their content. Of a total of 33 double tax treaties of which Brazil is a signatory, 16 anti-avoidance rules were identified in 8 treaties. 11 anti-avoidance rules are specific and 5 are generic. We concluded, based in Brazilian tax system,

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Atualmente é Conselheiro da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social. Correio eletrônico: rubinger.g@gmail.com

that the specific anti-avoidance rules are constitutional and the generic anti-avoidance rules are unconstitutional.

Keywords: Double Tax Treaties; International Tax Planning; Anti-avoidance rules.

INTRODUÇÃO

Com a crescente internacionalização da economia e a consolidação do fenômeno da globalização, o Direito Tributário Internacional passou a ocupar uma posição de destaque. A eliminação da dupla tributação, óbice às trocas econômicas entre os Estados, é um dos principais objetivos perseguidos pelas nações que desejam expandir seus mercados para além do âmbito doméstico.

Os tratados de Direito Tributário Internacional atuam, no que diz respeito aos países em desenvolvimento, como importantes mecanismos de fomento à captação de investimento estrangeiro, não apenas pela diminuição das barreiras tributárias ao comércio internacional, mas também pela criação de um ambiente jurídico favorável aos investidores, oferecendo segurança jurídica em relação às regras tributárias e a certeza de que o Estado em questão adotará certos parâmetros internacionais tributários.²

Apesar de sua inegável importância na atualidade, o Direito Tributário Internacional ainda está alicerçado nas suas premissas originárias, que remontam às primeiras décadas do século passado: a negociação e a assinatura de tratados bilaterais contra a dupla tributação internacional. Em sua quase totalidade, esses tratados seguem um modelo preestabelecido, cabendo às nações envolvidas a negociação de eventuais alterações.

Essa atual organização do “sistema” tributário internacional mostra sinais de esgotamento. Na medida em que os tratados contra a dupla tributação se difundiram ao redor do mundo, muitos contribuintes perceberam que era possível explorar as regras constantes nos tratados contra a dupla tributação e as discrepâncias entre os sistemas tributários nacionais para a diminuição da sua carga tributária, fenômeno denominado de *elisão fiscal internacional* e principal causa da chamada “erosão da base tributária” (*base erosion*) dos Estados.

A erosão da base tributária consiste na perda, potencial ou concreta, de receitas tributárias em decorrência de elisão ou evasão

² BORGES, Antônio de Moura. Convenções sobre dupla tributação internacional entre estados desenvolvidos e estados em desenvolvimento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 8, São Paulo, 1996, p. 34; DA SILVA, Bruno. Reconsidering the application and interpretation of anti-treaty shopping rules in the context of developing countries. **Intertax**, Volume 44, Issue 3, 2016, p. 231-233.

fiscal internacional. Essa questão ocupa posição de destaque nos debates internacionais desde que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*, “erosão da base tributária e transferência de lucros”), com vistas a combater a elisão e evasão fiscal internacional, em 2014.

Uma das medidas constantes na Ação 6 do Projeto BEPS – a qual estava direcionada ao combate ao uso abusivo de tratados – é a adoção sistemática de normas antielisivas, genéricas e específicas, nos tratados contra dupla tributação. Em estudo anterior, analisamos as consequências e perspectivas das propostas da OCDE para o Brasil³, mas já havíamos percebido a necessidade de analisar de modo compreensivo as normas antielisivas existentes nos tratados contra dupla tributação firmados por nosso país.

Nesse contexto, o presente estudo se destina a analisar as normas antielisivas contidas nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil à luz do Sistema Tributário Nacional. Assim, pretende-se verificar se tais normas são compatíveis com os princípios tributários inscritos na Constituição Federal e se garantem segurança jurídica aos contribuintes a respeito dos seus atos no que diz respeito às disposições previstas em tratados contra a dupla tributação.

1. Elisão fiscal no ordenamento jurídico brasileiro

O planejamento tributário, na concepção defendida pela doutrina mais tradicional, está vinculado ao fenômeno da “elisão”, ou seja, à prática de determinados atos que resultem na aplicação de regime tributário menos oneroso.⁴ Nesse sentido, Diva Malerbi aponta que a elisão fiscal se refere à atuação lícita do contribuinte por fora do “catálogo legal das situações tributárias existentes” – as que pertencem à zona de liberdade do particular, na qual o Estado não pode ingressar.⁵

Segundo esse entendimento, o Estado só poderá combater a elisão fiscal quando orientado pelo princípio da tipicidade da tributação, isto é, ao incluir as situações fáticas que acarretam a economia de tributo dentro do mencionado “catálogo legal das situações tributárias existentes”. Assim, a tributação não poderia alcançar os atos praticados pelo contribuinte e não previstos em lei como fatos geradores de tributos.

³ RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Uso abusivo de tratados contra dupla tributação: perspectivas de aplicação da Ação 6 do projeto BEPS ao Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/18873>.

⁴ XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273.

⁵ MALERBI, Diva. Elisão tributária. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 71.

É nesse sentido que Heleno Tôrres conceitua o planejamento tributário como “a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma legítima economia de tributos”.⁶ Se o contribuinte praticar seus atos dentro da licitude e fora das hipóteses de incidência previstas em lei, a Administração Tributária não poderá intervir, ainda que o contribuinte os pratique com a única intenção de economizar tributos.

Entretanto, outra corrente da doutrina possui uma concepção diferente a respeito do planejamento tributário. Segundo essa corrente, encabeçada por Marco Aurélio Greco, o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição Federal) possui “eficácia positiva”, ou seja, é o correto parâmetro interpretativo para o aplicador da norma tributária, que deve alcançar toda manifestação de capacidade econômica explícita e implicitamente prevista na hipótese de incidência do tributo. Por essa razão, defende que “(...) a lei tributária alcança o que obviamente prevê, mas não apenas isto; alcança, também, aquilo que resulta da sua conjugação positiva com o princípio da capacidade contributiva”.⁷

Em sentido semelhante, Ricardo Lobo empreende uma diferenciação entre o planejamento tributário legítimo ou consistente (elisão lícita) e o planejamento tributário abusivo (elisão ilícita). Enquanto no primeiro caso, a economia de tributo é alcançada por meio de uma interpretação razoável da lei tributária, no segundo caso essa economia é “obtida pela prática de ato revestido de forma jurídica que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito”.⁸

O planejamento tributário abusivo, para esse autor, reveste-se das mais variadas configurações – fraude à lei, ausência de propósito mercantil, abuso de forma jurídica, dissimulação do fato gerador abstrato, etc. –, que sempre pressupõem um “fingimento” em relação ao fato gerador abstrato definido na lei. Desse modo, na elisão ilícita, o contribuinte faz com que a forma jurídica prevaleça sobre a “substância” tributária, isto é, a expressão de riqueza abstratamente tributável.⁹

Essa polarização se estende há alguns anos no debate da doutrina nacional, o que acaba refletindo no alcance das normas destinadas a combater a elisão fiscal (normas antielisivas), seja na legislação tributária interna, seja naquelas previstas nos tratados contra a dupla tributação.

⁶ TÔRRES, Heleno. Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo: Dialética, 2004, p. 341.

⁸ LOBO, Ricardo. Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8.

⁹ Ibid., p. 130.

De todo modo, há certo consenso doutrinário no sentido de que a elisão fiscal é bastante distinta da evasão fiscal. A evasão fiscal consiste na prática de atos expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico. É situada, portanto, no campo da ilicitude, e a sua prática possui consequências na esfera penal (pena restritiva de liberdade e multa pecuniária, conforme os arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/91) e administrativa (e.g., com o lançamento de ofício do crédito tributário acrescido de multa, conforme o art. 149, VII, do CTN e art. 44 da Lei nº 9.430/96).

A evasão fiscal nada é mais é, portanto, que a “sonegação”, nomenclatura que desapareceu do ordenamento jurídico, mas que persiste na linguagem corrente.¹⁰ Daí a afirmação de que “estabelecer uma linha divisória entre a elisão fiscal e a sonegação fiscal é discernir o lícito do ilícito”.¹¹

Vale ressaltar, como sustentava Alberto Xavier, que a elisão fiscal internacional, tema do presente estudo, “não se coloca em termos diversos dos da elisão fiscal no âmbito interno”.¹² A diferença é que na elisão fiscal internacional o contribuinte influencia os elementos de conexão de modo a “arrastar” a aplicação de um regime tributário mais favorável, seja de direito interno estrangeiro ou decorrente de tratados internacionais.¹³

2. A “ambivalência principiológica” da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo inteiro ao Sistema Tributário Nacional, apresentando os princípios constitucionais tributários, distribuindo a competência tributária entre os entes federativos, definindo as espécies de tributos e regras a eles relativas, entre outros. Nosso sistema tributário, assim como em constituições anteriores, permanece rígido, já que as suas características essenciais encontram-se em patamar constitucional.

É particular, também, a densa carga axiológica da Constituição de 1988 no que tange à matéria tributária: para além das essenciais garantias do princípio da legalidade (art. 150, I) e anterioridade (art. 150, III) e de outros princípios diretamente relacionados ao Direito Tributário, como a tipicidade (arts. 145, § 2º e 154, I), a Constituição oferta uma série de outras garantias ao contribuinte, como a proteção à livre iniciativa (art. 170, *caput*) e a isonomia (art. 150, II).

¹⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9-12; SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 867.

¹¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira, op. cit., p. 10.

¹² XAVIER Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273.

¹³ *Ibid.*, p. 272-273.

Por esse motivo, a afirmação de Geraldo Ataliba no sentido de que “só o sistema brasileiro oferece um quadro sistemático de disciplina da matéria tributária dotado de rigidez em tão alto grau”¹⁴, embora direcionado à Constituição de 1946, permanece perfeitamente válido para a Constituição de 1988. Naquela ocasião, o autor chegou a identificar, como princípio constitucional tributário implícito, o princípio da rigidez do sistema tributário.¹⁵

Por outro lado, a Constituição de 1988 apresenta princípios direcionados à concretização das finalidades do Estado, como a solidariedade (art. 3º, I) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Ou seja, ao mesmo tempo em que a Constituição apresenta uma série de garantias aos contribuintes, ela reafirma a necessidade do Estado de arrecadar recursos, construir uma sociedade justa e solidária, concretizar direitos sociais e erradicar desigualdades.

Há, portanto, uma tensão entre os princípios concernentes à tributação – as garantias dos contribuintes, por um lado, e a necessidade arrecadatória do Estado, por outro lado –, fenômeno identificado por Humberto Ávila como “ambivalência principiológica”.¹⁶ Essa tensão se reverbera nas reflexões doutrinárias, resultando em correntes interpretativas divergentes sobre a prevalência de um ou outro conjunto de princípios na Constituição de 1988, o que foi exposto no tópico anterior.

O autor propõe, como solução interpretativa, a busca da coerência sistemática das normas constitucionais, *i.e.*, investigar para qual direção há uma maior “aglutinação” de princípios constitucionais. Assim, a Constituição apontaria claramente para a preponderância axiológica, no âmbito tributário, dos princípios direcionados aos contribuintes e ao controle do poder estatal, não só pela relevância atribuída a esses princípios, mas porque o texto constitucional, ao atribuir o poder de tributar ao Estado, o faz por meio de regras bastante rígidas.¹⁷

Tal preponderância axiológica, evidentemente, repercute na interpretação da legislação tributária brasileira como um todo. Sob a perspectiva do primado das garantias do contribuinte em face do Estado devem ser interpretados o Código Tributário Nacional, os tratados de matéria tributária e os demais atos legais e infralegais. Como defende Heleno Tôrres, o traçado constitucional do Sistema Tributário Nacional

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 22.

¹⁵ *Ibid.*, p. 22-23; 38-39.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 98, 2006, p. 81.

¹⁷ *Ibid.*, p. 81-82.

determina a efetividade plena dos princípios e garantias estabelecidos para a proteção dos direitos fundamentais, cujo propósito maior é conferir segurança jurídica aos contribuintes em face do poder de tributar do Estado.¹⁸

Se o combate à elisão fiscal tem como limite constitucional material o primado das garantias concedidas aos contribuintes em face do poder de tributar do Estado, a segurança jurídica deve ser assegurada em sua máxima eficácia, ou seja, que a norma tributária permita saber, de antemão, quais comportamentos são permitidos e quais são proibidos. Nada impede que o planejamento tributário seja combatido pelo Estado. Aliás, a diminuição artificial da carga tributária praticada por grandes empresas e multinacionais não é apenas uma questão de perda de receita, mas de justiça tributária, que deve ser combatida à luz do princípio da isonomia e da capacidade contributiva.

Se reconhecermos, entretanto, que o combate à elisão fiscal deve ocorrer conforme o traçado da Constituição Federal, chegamos à conclusão de que isso compete ao legislador ordinário, e não, de maneira imediata, da Administração Tributária. É dizer, portanto, que isso deve ser feito pela inclusão das situações elisivas na norma de incidência tributária, e não por meio uma norma genérica que permita a livre interpretação do Fisco.¹⁹

3. Contorno ideal das normas antielisivas

Definidos nos tópicos anteriores os pressupostos da discussão, necessário analisar os limites e alcances das normas antielisivas, à luz do Sistema Tributário Nacional. Caberia indagar, portanto, quais seriam os contornos ideais de uma norma antielisiva, de acordo com a ordem constitucional vigente.

Para a corrente doutrinária que interpreta que o princípio da capacidade possui “eficácia positiva”, a partir da ideia do “dever fundamental de pagar tributos”, do princípio da solidariedade social e da aplicação da teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil) no Direito Tributário, sequer seria necessária a presença de norma antielisiva para o combate à elisão fiscal. Tais princípios constitucionais serviriam, *per*

¹⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: método da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

¹⁹ NETO, Luís Flávio. Teorias do “abuso” no planejamento tributário. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 97.

se, como fundamento para a Administração Tributária poderia reagir aos planejamentos tributários considerados abusivos.²⁰

Outros argumentam pela existência de norma geral antielisiva no ordenamento jurídico brasileiro, como Ricardo Lobo. Segundo o autor, o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, cuja redação permite a desconsideração, por parte da autoridade administrativa, de negócios jurídicos praticados com a “finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”, seria uma norma geral antielisiva destinada “à desconsideração ou requalificação do fato gerador concreto, isto é, do ato ou fato praticado com a dissimulação da *mens legis* e do fato gerador abstrato”.²¹

Noutros termos, o autor interpreta a “dissimulação” constante no parágrafo único do art. 116 do CTN como a “dissimulação do fato gerador abstrato” (ou seja, da hipótese de incidência do tributo). Não se trata de “simulação” (aquela prevista no art. 149, VII, do CTN), mas interpretação abusiva do texto da lei tributária. O fato gerador não é simulado, mas verdadeiro; o que ocorre é a “dissimulação da verdadeira compreensão do fato gerador abstrato”. Ainda, para o autor, a parte final do dispositivo (“observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”) seria mera regra procedimental, o que implicaria em sua vigência imediata.

Contudo, tais argumentos não se sustentam. Concordamos, nesse ponto, ao entendimento de Paulo Ayres Barreto, que identifica os seguintes óbices a essa interpretação do parágrafo único do art. 116 do CTN: a) a incompatibilidade entre tal norma e as garantias do contribuinte em face do Estado asseguradas pela Constituição; b) a imposição, por parte do Sistema Tributário Nacional, de certo “formalismo” no que diz respeito à formulação de regras tributárias, de forma a prestigiar a segurança jurídica; c) ineficácia da norma por conta da ausência de edição de lei ordinária regulamentando o procedimento de desconsideração dos atos praticados pelo contribuinte.²²

Nesse sentido, o autor sustenta que “[é] por intermédio de alterações legislativas específicas que se coíbe eficazmente a evasão tributária. Inexistindo previsão normativa, abre-se espaço à elisão tributária que haverá de ser admitida, ainda que promova alguma injustiça

²⁰ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo: Dialética, 2004, p. 200-312, *passim*.

²¹ LOBO, Ricardo. Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

²² BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016, p. 188-226, *passim*.

fiscal”.²³ De fato, somente assim é possível concretizar o mandamento constitucional de garantia à segurança jurídica.

Seguindo a outra corrente doutrinária, defendemos que a reação ao planejamento tributário somente pode ocorrer por meio de norma antielisiva. Estas se dividem entre as *normas antielisivais gerais* e *normas antielisivais específicas*: enquanto a norma antielisiva específica incluiria na hipótese de incidência tributária aquelas situações consideradas “abusivas”, descrevendo-as, a norma antielisiva geral oferece um parâmetro a partir do qual a Administração Tributária poderá decidir se determinada elisão fiscal é ou não lícita. Ainda seria possível traçar um ponto intermediário entre a norma geral e específica: a cláusula setorial, responsável pela referência genérica e indeterminada a situações referentes a determinada espécie de tributo.²⁴

Assim, o combate à elisão fiscal somente pode ser empreendido pelo Estado, na atuação da Administração Tributária, com a edição de norma antielisiva, que se limita, formalmente, pela necessidade de edição de lei complementar (art. 146 da Constituição Federal), e materialmente, pelos princípios constitucionais de proteção do contribuinte em face do Estado. Isso vale tanto para as leis quanto para os tratados de direito tributário firmados pelo Brasil, visto que estes também se submetem à Constituição Federal.²⁵

Luís Flávio Neto sustenta, com propriedade, que “a *norma tributária antiabuso* deve possibilitar ao contribuinte prever com clareza e certeza as consequências de seus atos e, de forma mais específica, o limite para a prática de *planejamentos tributários*”.²⁶ Esse seria o “ponto ótimo” da reação ao planejamento tributário abusivo, obtido pela efetiva e plena consciência do contribuinte quanto às consciências de seus atos, em harmonização da limitação ao princípio da livre iniciativa com o princípio da legalidade e segurança jurídica.²⁷

Em nossa visão, o combate à elisão fiscal pelo Estado só atende aos limites constitucionais materiais quando se dá por meio de norma antielisiva específica. Somente a norma antielisiva específica, discriminando as situações do mundo fático consideradas como “abusivas” e incluindo-as

²³ Ibid., p. 234.

²⁴ XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisão. São Paulo: Dialética, 2002, p. 85-86.

²⁵ Esta é, ao menos, a posição prevalecente no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE nº 80.004 em 1978.

²⁶ NETO, Luís Flávio. Teorias do “abuso” no planejamento tributário. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 98. Grifos no original.

²⁷ Ibid., p. 98-99.

na hipótese de incidência do tributo, é que garante satisfatoriamente a segurança jurídica assegurada pela Constituição Federal.

Esse será o parâmetro interpretativo utilizado para interpretar as normas antielisivas constantes nos tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil, o que faremos em tópico subsequente. Por ora, ressaltamos que, em termos de técnica legislativa, isso somente pode ser feito por meio de regras objetivas, que a) incluam os comportamentos então considerados como elisão na hipótese de incidência da norma tributária; b) ofereçam critérios objetivos para afastar ou garantir a concessão de determinado regime tributário favorável (aplicação de um tratado, isenção). São, em verdade, duas faces da mesma moeda.

4. Normas antielisivas nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil

O texto da Convenção Modelo da OCDE (*OECD Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital*), modelo de maior difusão no mundo²⁸, serve de base para os tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil. Duas ressalvas, porém, devem ser feitas: a) a Convenção Modelo não costuma ser adotada em sua literalidade, mas com acréscimos e/ou reservas decorrentes de posições políticas e econômicas ou particularidades jurídicas do Brasil²⁹; b) a Convenção Modelo foi objeto de sucessivas reformulações e revisões desde a sua primeira edição (1963), razão pela qual pode haver diferença expressiva entre os textos dos tratados, visto que estes costumam seguir a Convenção Modelo vigente à época de sua celebração.

Em termos gerais, o texto da Convenção Modelo da OCDE é estruturado da seguinte forma: descrição do escopo do tratado (Capítulo I); definições de termos utilizados no tratado (Capítulo II); definição dos tributos abrangidos, da forma com que os Estados acordantes tributarão e das formas de eliminação da dupla tributação (Capítulos III a V); disposições especiais (Capítulo VI); e disposições finais, *i.e.*, entrada em vigor e denúncia do tratado (Capítulo VII).³⁰

Interessante classificação, para fins didáticos, é aquela proposta por Philip Baker, conforme a apresentação de João Francisco Bianco, a qual identifica seis grupos de normas na Convenção Modelo da OCDE: i) as que delimitam o escopo do tratado; ii) as que estabelecem definições

²⁸ OCDE. Model Tax Convention on Income and on Capital 2014. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 16.

²⁹ A esse respeito, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; SILVA, Natalie Matos. Brazil. In: LANG, Michael, et. al. (ed.). The impact of the OECD and UN model conventions on bilateral tax treaties. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 171-202.

³⁰ OCDE, op. cit., p. 17.

sobre termos ou expressões constantes nos tratados; iii) as normas substantivas; iv) as que visam a eliminar a dupla tributação; v) as normas antielisivas; vi) disposições gerais. Essa classificação é útil porque nos permite associar as normas de acordo com sua afinidade, visualizando o conjunto geral formado por um tratado contra a dupla tributação.³¹

Ao presente trabalho interessam as normas antielisivas (grupo “v”), que são, como já explanamos, aquelas direcionadas a combater a elisão fiscal internacional. Esse grupo de normas não estava presente nas primeiras redações da Convenção Modelo da OCDE. Muito embora a organização demonstrasse há décadas preocupação com o planejamento tributário internacional,³² somente com a entrega dos relatórios finais do Projeto BEPS, em 2014, ocorreu a inclusão de normas antielisivas no texto da Convenção Modelo.

Em contraste, outras convenções-modelo possuem uma longa tradição de adoção de normas antielisivas, como é o caso da Convenção Modelo dos Estados Unidos da América (denominada, na sua versão mais recente, e *The 2016 U. S. Model Income Tax Convention*). Desde a Convenção Modelo de 1981, o país adota a chamada “cláusula LOB” (*Limitation-on-Benefits clause*, “cláusula de limitação de benefícios”) nos seus tratados contra a dupla tributação.³³

A cláusula LOB consiste em uma regra antielisiva específica que atua através da restrição da concessão de determinados “benefícios” previstos no tratado contra dupla tributação. A palavra “benefícios”, de uso corrente nas normas antielisivas de tratados de natureza tributária, deve ser entendida como a aplicação das próprias normas do tratado, não devendo ser confundida com a eventual concessão de benefícios fiscais.

Sem uma norma dessa natureza, a aplicação das disposições convencionais é automática; por outro lado, havendo uma cláusula LOB, esses benefícios somente são garantidos se a pessoa em questão passar por uma série de “testes” objetivos. Esses testes permitiriam, em tese, demonstrar se aquela pessoa foi ou não foi estabelecida com o mero intuito de gerar benefícios fiscais naquele Estado.³⁴

³¹ BIANCO, João Francisco. Transparência fiscal internacional. São Paulo: Dialética, 2007, p. 142-145.

³² Pode-se citar, como exemplo, a inclusão do conceito de beneficiário efetivo (beneficial owner) nos artigos 10, 11 e 12 da Convenção Modelo da OCDE, em 1977. Para mais detalhes, cf. RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Uso abusivo de tratados contra dupla tributação: perspectivas de aplicação da Ação 6 do projeto BEPS ao Brasil. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2017, Capítulo 2.1.3. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/18873>.

³³ BURGE, Marianne; PACKER, Solomon. New US Model Income Tax Treaty. Intertax, Volume 10, Issue 2, 1982, p. 53.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 164-165.

Há, certamente, outras espécies de normas antielisivas em tratados contra dupla tributação. Muitas vezes, elas se revestem na forma de simples regras que limitam a aplicação do tratado para determinadas pessoas ou condutas: é o caso das cláusulas que estipulam a não aplicação do tratado a entidades sujeitas a regimes tributários preferenciais.³⁵

Outras vezes, são normas antielisivas genéricas que conferem poderes à Administração Tributária para desqualificar determinadas operações, como a cláusula PPT (*Principal Purpose Test*), que consta na mais recente versão da Convenção Modelo da OCDE, lançada em dezembro de 2017.³⁶

Dos 33 tratados contra a dupla tributação atualmente vigentes, dos quais o Brasil é signatário, identificamos um total de 16 normas antielisivas contidas em 8 tratados. São eles: os tratados firmados com Israel (2005), México (2006), África do Sul (2006), Peru (2009), Turquia (2013), Venezuela (2014), Trinidad e Tobago (2014) e Rússia (2017). Como não havia previsão de norma antielisiva nas Convenções Modelo da OCDE vigentes à época da assinatura desses tratados, pode-se afirmar que tais normas foram inspiradas no modelo estadunidense.³⁷

Se analisarmos o texto de todas as normas antielisivas constantes nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil, o que se verifica é a frequente ausência de identidade entre tais normas. Enquanto, por exemplo, no artigo 29 da Convenção Brasil-México é possível identificar uma norma antielisiva bastante detalhada e semelhante à cláusula LOB, a norma do artigo 25 da Convenção Brasil-Israel é relativamente simples.

Desse modo, propomos a seguinte classificação, que nos permite visualizar o conteúdo das normas antielisivas constantes nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil e os tratados em que elas foram utilizadas:

	Israel	México	África do Sul	Peru	Venezuela	T. e Tobago	Turquia	Rússia
--	--------	--------	---------------	------	-----------	-------------	---------	--------

³⁵ XAVIER Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 331.

³⁶ Trata-se do parágrafo 9 do artigo 29 da Convenção Modelo. Cf. OECD. *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 50.

³⁷ MELLO, Murilo; LEAL, Danilo. *Limitation on Benefits na política brasileira de combate ao treaty shopping*. In: PEREIRA, Marco Antônio Chazaine (Coord.). *Direito tributário internacional: aspectos práticos*. Vol. 2. São Paulo: Ltr, 2014, p. 110-122.

1. Norma que condiciona os benefícios convencionais a entidades cuja titularidade seja no mínimo de 50% de residentes dos Estados Acordantes ou atividade empresarial substancial	•		•	•	•			•
2. Norma geral antiabuso	•	•			•		•	•
3. Norma que autoriza a tributação caso o Estado Acordante adote legislação de tributação baixa ou zero para certos rendimentos em relação a certas entidades			•	•	•			•
4. Norma que impede a aplicação da convenção a rendimentos isentos ou com tributação baixa e autoriza a aplicação de normas internas contra evasão, elisão, etc.		•						
5. Norma que impede a aplicação da convenção a certas entidades não residentes nos Estados Acordantes se a sua tributação é mais favorável do que se fossem residentes						•		

Grupo 1. Esse grupo de normas remonta à primeira norma antielisiva adotada pelo Brasil, que é o parágrafo 1 do artigo 25 do Acordo Brasil-Israel. Segundo o dispositivo, uma entidade legal, para fazer jus aos benefícios do tratado, deve possuir 50% de sua participação beneficiária ou ações detidas, direta ou indiretamente, por residentes de um dos Estados Contratantes. Caso não atenda a esse requisito, a entidade poderá obter os benefícios se desenvolver “atividade empresarial substancial” em um dos Estados Acordantes.

Esta norma também está prevista no parágrafo 2 do artigo 28 do Acordo Brasil-África do Sul, no parágrafo 2 do artigo 27 do Acordo Brasil-Peru, no parágrafo 3 do artigo 28 do Acordo Brasil-Venezuela e no parágrafo 3 do artigo 28 do Acordo Brasil-Rússia.

Grupo 2. Trata-se de norma antielisiva geral que permite que as autoridades administrativas dos Estados Acordantes neguem os benefícios previstos no tratado a qualquer pessoa, com relação a qualquer transação, se, na sua opinião, a concessão de tais benefícios constitua um abuso da Convenção, em conformidade com seus fins. Costuma ser adotada como um complemento às normas do grupo 1.

Essa cláusula está prevista no parágrafo 2 do artigo 25 do Acordo Brasil-Israel, parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-México, parágrafo

1 do artigo 28 do Acordo Brasil-Venezuela, no artigo 28 do Acordo Brasil-Turquia e no parágrafo 1 do Acordo Brasil-Rússia.

Grupo 3. Essa cláusula permite que os Estados Acordantes tributem os rendimentos de determinadas entidades (por exemplo, sede de uma empresa que exerce sua atividade empresarial principal em um terceiro Estado) quando um dos Estados Acordantes adotar uma legislação segundo a qual os rendimentos provenientes do exterior dessa sociedade não serão tributados ou serão tributados nesse Estado em alíquota significativamente inferior à alíquota aplicada aos rendimentos no próprio estado.

Essa cláusula se encontra no parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-África do Sul, parágrafo 1 do artigo 27 do Acordo Brasil-Peru, parágrafo 1 do artigo 28 do Acordo Brasil-Venezuela, e no parágrafo 2 do Acordo Brasil-Rússia.

Grupo 4. É a norma que mais efetivamente se aproxima de uma cláusula LOB, por conta de seu nível de detalhamento. Encontra-se no artigo 28 do Acordo Brasil-México. Em seu parágrafo 2, estabelece que nenhuma disposição convencional será aplicada a determinados rendimentos dos residentes de um dos Estados Acordantes isentos de imposto ou tributados em alíquota menor. O parágrafo 3, por sua vez, dispõe que as disposições convencionais não impedem a aplicação, por qualquer um dos Estados Acordantes, de sua legislação interna relativa à capitalização insuficiente (subcapitalização ou *thin capitalization*), ao combate ao diferimento, às sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou similares. O parágrafo 4, no mesmo sentido, autoriza os Estados Acordantes a aplicarem a legislação interna referente ao combate à elisão, evasão e ao abuso da Convenção. O parágrafo 5 estabelece que, se uma pessoa estiver abrangida nas disposições dos parágrafos 1 a 3 do artigo 28, ela ainda poderá ter direito aos benefícios previstos no tratado se conseguir comprovar às autoridades que os rendimentos estão em conformidade com a Convenção.

Grupo 5. É a cláusula mais particular, contida no artigo 28 do Acordo Brasil-Trinidad e Tobago. Tal norma afasta a aplicação da Convenção a “companhias, ‘trust’ ou sociedade de pessoas” residentes em um dos Estados Acordantes e de propriedade efetiva ou controladas diretamente por uma ou mais pessoas não residentes desse Estado, se o imposto incidente sobre os rendimentos de tais pessoas for inferior ao imposto que seria exigido no Estado Acordante na hipótese em que todas as ações, participações ou quotas fossem de propriedade efetiva de residentes do Estado Acordante.

5. Uma análise a partir do Sistema Tributário Nacional

Embora fosse proveitosa uma digressão a respeito dos problemas que a elisão fiscal pode impor aos Estados, isso consiste sobretudo em uma questão de justiça tributária, a qual, por sua complexidade, não pode ser abordada em este trabalho. Contudo, não restam dúvidas de que a elisão fiscal, ao menos do ponto de vista da conformidade ao Sistema Tributário Nacional, é fenômeno que pode ser combatido, desde que dentro dos limites interpretativos desse sistema.

Quais seriam esses limites? Com um sistema tributário tão fortemente constitucionalizado, é certo que a Constituição Federal deve servir como o parâmetro interpretativo. Como vimos, é notória a prevalência constitucional das garantias do contribuinte em face do Estado, de modo que os princípios da legalidade e segurança jurídica, em seus vários desdobramentos, precisam ser colocados em primeiro plano no combate à elisão fiscal.

Em decorrência dessa configuração do Sistema Tributário Nacional, sustentamos, também, que esses princípios constitucionais consistem no limite constitucional material à edição das normas antielisivas. Por essa razão, seu “contorno ideal” é justamente aquele que permita o mais alto grau de objetividade, previsibilidade e segurança jurídica. Este se encontra na edição de normas específicas que contem, por exemplo, com critérios objetivos para a aplicação de determinado regime jurídico (como aquele previsto em um tratado).

Em contraste, sustenta-se a inconstitucionalidade de normas gerais antielisivas, por contarem com um alto grau de subjetividade, inclusive daquelas que estejam presentes nos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil, em face da prevalência da Constituição Federal sobre os tratados internacionais.³⁸ Em última instância, as normas gerais antielisivas “(...) outorgam poderes subjetivos excepcionais à administração tributária para – com base em conceitos fluidos e indeterminados – desconsiderar atos e negócios que a ordem jurídica reconhece serem lícitos (...)”.³⁹

Trazendo a discussão para o âmbito das normas antielisivas contidas nos tratados contra dupla tributação firmados pelo Brasil, percebe-se que muitas delas se valem de critérios objetivos para combater a elisão fiscal. Exemplo perfeito é o parágrafo 2 do artigo 28 do Acordo Brasil-México, de inspiração direta na cláusula LOB estadunidense, cujos critérios servem

³⁸ XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 423

³⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48.

como requisitos para a aplicação ou não das disposições previstas nos tratados.

Segundo o parágrafo 2.1 do artigo 28 do Acordo Brasil-México, não se aplicam as disposições do tratado (exceto as referentes à troca de informações), entre outros, “aos rendimentos que estejam isentos de imposto num Estado Contratante do qual o beneficiário efetivo do rendimento seja residente”. Evita-se, com isso, a dupla não-tributação, sem retirar a segurança jurídica dos contribuintes, que poderão planejar suas operações e se preparar para a eventualidade desse artigo ser invocado em um procedimento fiscalizatório.

Por outro lado, a norma antielisiva geral constante em acordos como o Brasil-Israel e o Brasil-Turquia permite que as autoridades administrativas tributárias de qualquer um dos Estados Acordantes neguem a “concessão de benefícios”, isto é, a aplicação das normas dos tratados, quando, em sua opinião, tal concessão constitua um abuso do tratado com vistas dos seus fins.

Uma norma antielisiva com tal redação permite, em última instância, que Administração Tributária negue a aplicação do tratado em qualquer hipótese, já que não existe critério verdadeiramente objetivo à qual ela deve obedecer. Atente-se ao fato de que a norma literalmente utiliza a palavra “opinião” para se referir às circunstâncias que podem ensejar a não aplicação dos “benefícios” do acordo.

A própria de noção de “benefício”, que remete à origem da cláusula LOB – note-se que “cláusula de limitação de benefícios” nada mais é do que uma tradução literal de *Limitation on Benefits clause* – é bastante criticável, visto que se trata, em verdade, da própria aplicação dos dispositivos do tratado. Com isso esquece-se, talvez propositadamente, de que um tratado, desde que vigente, é um instrumento jurídico que estabelece direitos e deveres entre as partes que o celebraram.

Os tratados contra a dupla tributação, em sua essência, estabelecem regras tributárias incidentes sobre as operações transnacionais relativas aos residentes dos Estados Acordantes, e acarretam limitação recíproca do poder de tributar dos Estados em relação a essas operações. Tal compromisso não é estabelecido em caráter específico – para uma determinada pessoa, empresa ou operação – mas para todos os abrangidos pelo tratado.

É imprópria, portanto, a nomenclatura de “benefício”, como se o tratado fosse um favor concedido pelos Estados Acordantes e que poderá ser revogado de acordo com a sua vontade. Pelo contrário: trata-se de normas jurídicas criadoras de direitos subjetivos às pessoas que estejam

dentro da sua abrangência. O que pode ocorrer é a não aplicação dessas normas a pessoas e operações determinadas, desde que essas hipóteses constem expressamente no tratado.

De toda sorte, já vimos que uma norma antielisiva geral não é compatível com o Sistema Tributário Nacional, por não garantir um nível adequado de segurança jurídica. A outorga de tal poder à Administração Tributária pode levar a uma situação em que virtualmente toda operação transnacional abrangida pelo tratado deverá passar por uma comprovação (a cargo da pessoa nela envolvida) de que esta não constituiu um “abuso” do tratado.

Ainda que se aceitasse a constitucionalidade das normas antielisivais gerais dos tratados contra a dupla tributação, caberia à Administração Tributária realizar os procedimentos fiscalizatórios que comprovassem o referido “abuso” do tratado, e não aos contribuintes. Ademais, o princípio da segurança jurídica impõe que esse “abuso” fosse muito bem definido pelo tratado, o que não ocorre em nenhum dos tratados firmados pelo Brasil, e nem na atual Convenção Modelo da OCDE.

É tão alto o grau de incerteza jurídica possível de ser gerado por essa norma que a sua aplicação servirá como desincentivo às atividades econômicas transnacionais abrangidas pelo tratado, contrariando sua própria finalidade fundamental. Perde-se no ponto de vista da segurança jurídica, mas perde-se sobretudo do ponto de vista econômico, o que é um contrassenso – afinal, os tratados contra a dupla tributação foram criados justamente com o intuito de promover esses fluxos econômicos entre os países.

CONCLUSÕES

No atual estágio da globalização, é importante que o Brasil, atento às tendências internacionais, atraia investimentos. Uma forma de incentivar as trocas econômicas é por meio da assinatura de tratados contra dupla tributação. Contudo, é essencial que o ambiente jurídico garanta um grau satisfatório de segurança jurídica. Sem isso, a internacionalização da economia continuará sendo uma ficção, já que os custos com tributação estão entre os elementos mais importantes de uma empresa.

Analizou-se, nesse sentido, as normas antielisivais constantes nos tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil. Uma reflexão a partir do Sistema Tributário Nacional nos levou à conclusão de que a segurança jurídica, legalidade e a tipicidade da tributação são princípios basilares do nosso sistema tributário, razão pela qual uma norma antielisiva deve garantir, como “ponto ótimo”, que os contribuintes saibam de antemão quais situações estão ou não abrangidas pela norma.

Concluiu-se, assim, pela inconstitucionalidade das normas antielisivas gerais constantes nos tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil, por conta de seu alto grau de subjetividade. Desse modo, a forma adequada de combate à elisão fiscal, do ponto de vista jurídico, é por meio de normas antielisivas específicas, que contam com critérios objetivos. Somente assim é possível garantir a segurança jurídica necessária à promoção dos fluxos econômicos internacionais almejados pelos tratados contra dupla tributação.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 98, p. 74-85, 2006.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos**. São Paulo: Noeses, 2016.
- BORGES, Antônio de Moura. Convenções sobre dupla tributação internacional entre estados desenvolvidos e estados em desenvolvimento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 8, São Paulo, 1996.
- BURGE, Marianne; PACKER, Solomon. New US Model Income Tax Treaty. **Intertax**, Volume 10, Issue 2, 1982, p. 53-61.
- DA SILVA, Bruno. Reconsidering the application and interpretation of anti-treaty shopping rules in the context of developing countries. **Intertax**, Volume 44, Issue 3, 2016.
- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.
- LOBO, Ricardo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Elisão tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MELLO, Murilo; LEAL, Danilo. *Limitation on Benefits* na política brasileira de combate ao *treaty shopping*. In: PEREIRA, Marco Antônio Chazaine (Coord.). **Direito tributário internacional: aspectos práticos**. Vol. 2. São Paulo: Ltr, 2014, p. 110-122.
- NETO, Luís Flávio. **Teorias do “abuso” no planejamento tributário**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital** 2014. Paris: OECD Publishing, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-110-en>. Acessado em 30/09/2017.

_____. **Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version** 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Acessado em 24/06/2018.

RÜBINGER-BETTI, Gabriel. **Uso abusivo de tratados contra dupla tributação: perspectivas de aplicação da Ação 6 do projeto BEPS ao Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/18873>. Acessado em 28/06/2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Planejamento fiscal através de acordo de bitributação: treaty shopping**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____.; SILVA, Natalie Matos. Brazil. In: LANG, Michael, et. al. (ed.). **The impact of the OECD and UN model conventions on bilateral tax treaties**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. **Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: método da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisão**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO: IMPACTOS DEMOCRÁTICOS E O PAPEL DO DIREITO

Giulia Ferrigno Poli Ide Alves¹

RESUMO

A presente monografia almeja apresentar um panorama dos desafios que a problemática hodierna das *fake news* traz para o ambiente jurídico, através do fenômeno da desinformação. Intenta-se, assim, em um primeiro momento, tecer considerações iniciais sobre os impactos democráticos do fenômeno da desinformação, tendo como pano de fundo garantias fundamentais como o direito à informação e a liberdade de expressão. Em um segundo momento, busca-se refletir sobre os limites e deveres do direito neste contexto, considerando os instrumentos jurídicos já existentes e propostas de controle já levantadas por autores envolvidos na discussão. No final do texto, pretende-se haver demonstrado que as *fake news* representam um problema regulatório complexo no ecossistema hodierno de comunicação, colocando diversos desafios ao Direito.

Palavras-chave: informação; liberdade de expressão; regulação; fake news.

ABSTRACT

This paper provides an overview of the challenges that the current issue of fake news presents to the legal environment through the phenomenon of disinformation. It aims, firstly, make some initial remarks about the democratic impacts of this new information disorder through the lens of fundamental rights, especially considering the constitutional right to information and the right to freedom of expression. Secondly, it aims to reflect on the limits and duties of legal regulation in face of this context, taking account of the already existing legal regulation and some purposes of control given by the authors engaged in this topic. At the end of the text, it sets out to have demonstrated that fake news represents a complex regulatory problem in today's communication ecosystem, that places several challenges to the Law.

Keywords: information; freedom of expression; regulation; fake news.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Participante do programa de dupla diplomação com a Université Jean-Moulin Lyon 3. Estudante intercambista na Ludwig-Maximilians-Universität München.

INTRODUÇÃO

O crescimento das mídias de comunicação social e, em geral, a revolução tecnológica representada pela expansão da internet interferiram consideravelmente no modo de disseminação de informações e de expressão das opiniões (FLICK, 2017). Dentre as diversas problemáticas que derivam deste fato, o fenômeno das *fake news* é um tema em voga: as alegações de *fake news* sobressaíram-se em eventos políticos importantes, como nas eleições presidenciais americanas de 2016, nas eleições gerais britânicas de 2017, nas eleições presidenciais francesas de 2017 e, também, nas eleições gerais brasileiras de 2018.

O impacto da recente revolução da mídia social não deve ser subestimado. Há bilhões de usuários de mídia social no mundo, os quais utilizam o espaço proporcionado pela internet e pelas plataformas de mídia social para se comunicar, criar conteúdos e trocar informações de modo extraordinariamente veloz, circulando e reforçando rótulos em diversos campos sociais, como finanças, política, entre outros (BÂRGÃOANU; RADU, 2018). Em outras palavras, as tecnologias de comunicação e informação modernas conferem uma nova perspectiva à cidadania, na forma como o público lê, interpreta e dissemina informações recebidas, mudando essencialmente a forma de comunicação e expressão da sociedade (CASTANHO, 2014).

Pode-se afirmar razoavelmente, nesse contexto, que uma das características principais do período contemporâneo é justamente a centralidade da comunicação, seja em relação a fatos nacionais, regionais ou globais, como um elemento fulcral de estruturação e interpretação de informações. O termo *fake news* vem, nesta toada, descrever o que a doutrina especializada chama de “*the new information disorder*” – ilustrando as mudanças, algumas das quais “patológicas” que caracterizam a informação, a comunicação e a persuasão no ecossistema contemporâneo (WARDLE; DERAKHSHAN, 2017).

Dessa forma, as *fake news* vêm sendo consideradas entre acadêmicos e profissionais ao redor do globo como um fator de risco à democracia moderna (SYED, 2017), suscitando o inextricável debate sobre qual a melhor forma de combatê-las. No entanto, a questão é permeada por complicações. Observa-se que não há qualquer concordância sobre o significado do termo “*fake news*” e sobre quais fenômenos ele abrange. É um termo ao mesmo tempo fluido e incompleto, que encontra problemas já em sua definição (BÂRGÃOANU; RADU, 2018). Paralelamente, a reflexão mais importante que se coloca reside justamente no conceito de “falso” e de como diferenciar a informação que afeta a democracia da informação que se confunde com a liberdade de expressão. Afinal, o

que é uma notícia falsa e como a liberdade de expressão se coloca nesse diálogo? Tal indefinição do termo é perniciososa, uma vez que prejudica a compreensão do fenômeno social em tela.

Estas considerações iniciais são necessárias a fim de atingir o cerne da questão em tela, sobre o papel do direito frente ao fenômeno, incorrendo-se inexoravelmente na questão: qual é o problema colocado pelas *fake news*? A resposta a este questionamento exige uma reflexão profunda acerca da relação entre democracia, direito à informação e liberdade de expressão (SERRAGLIO; ZAMBAM, 2016). A conclusão sobre qual seja o papel do direito frente a tal fenômeno depende da delimitação sobre o conceito do termo, sobre o problema colocado pelas *fake news* e, por fim, sobre os instrumentos atuais de regulação existentes. No final do texto, pretende-se haver demonstrado a complexidade do fenômeno representado pela desinformação e os inúmeros desafios colocados por tal fenômeno ao Direito como condição para que a prática jurídica acompanhe as transformações sociais².

1. As *fake news* e o fenômeno da desinformação

Como primeiro elemento de análise, percebe-se que não há um consenso sobre o significado exato do termo *fake news* e sobre quais espécies ele engloba. Por um lado, há um crescente corpo de instituições acadêmicas, organizações e autores que tendem a conceituar as *fakes news* de forma mais abrangente, entendendo-as como sendo a informação intencionalmente falsa que pode ser verificada. Alguns autores vão ainda além e consideram como âmbito das *fake news* somente falsidade da notícia, independentemente de se intencionalmente ou imprudentemente veiculada³. Isso abrangeria, entre outros, completas invenções, conteúdo enganoso, sátira ou paródia, o jornalismo enviesado e até o mau jornalismo (SAVINO, 2017). Por outro lado, há aqueles que conceituam o fenômeno de forma mais estrita, conforme sua intenção de enganar o público ou seu objetivo de lucro ou manipulação política (FRIAS FILHO, 2018). O corolário da indefinição e volatilidade do termo é um ambiente de discussão cego, em que diversos problemas são tratados como um só e não se encontra nenhuma solução. Para o Direito, entretanto, é inútil debater e procurar soluções para um fenômeno que não se sabe ao certo

² Para que o pensamento jurídico avance e se renove, é necessário evitar o isolamento do direito, exigindo que a prática jurídica acompanhe as transformações sociais. No contexto das *fake news*, o conhecimento da dinâmica dos direitos envolvidos e dos problemas regulatórios é um caminho para a renovação do pensamento jurídico em tal novo contexto de comunicação. Cf. FARIA, José Eduardo. Juristas fora da curva: três perfis. Revista Direito GV, vol. 12, n. 2, 2016, p. 305.

³ Ver, nesse sentido, KRASKI, Ryan. Combating Fake News in Social Media: US and German Legal Approaches. St. John's Law Review, v. 91, p. 923, 2017, p. 924.

no que consiste, devido a uma questão de indeterminação linguística e de ambiguidade⁴. Impende, dessa forma, esclarecer qual seja o conteúdo e abrangência do objeto analítico em foco.

A primeira reflexão, nesse sentido, é: qual é o fenômeno que se quer retratar e o quê o define? O que se quer captar, no presente artigo, é a situação de desordem informacional que impede que indivíduos adquiram informações e formem opiniões de forma livre na sociedade. O mais adequado, nesse sentido, parece ser considerar as *fake news* como informações falsas, imprecisas ou enganosas que têm o condão de enganar o público⁵.

Com essa definição, busca-se excluir outras categorias que não apresentam riscos à democracia e, pelo contrário, são protegidas pelas garantias fundamentais. A sátira, nesse sentido, diferencia-se da notícia farsante (*hoax*) na medida em que a primeira não tem o condão e sequer o intuito de enganar, enquanto a segunda tem. Páginas como Sensacionalista no Brasil, *The Onion* nos EUA, *Der Postillon* na Alemanha, por exemplo, falseiam informações com o intuito de gerar uma paródia, conduzindo ao humor e, muitas vezes, à crítica social. Sob esse prisma, não parece razoável que sátiras e paródias, as quais sabidamente inventam informações com o intuito de conduzir ao humor e, muitas vezes, à crítica social, sejam tratadas com o mesmo rigor e repúdio que notícias que contêm invenções completas com o intuito de enganar o público e obter proveito financeiro ou político. A análise baseada em tais fatores parece ser adequada, justamente por reconhecer os níveis variados de seriedade e risco colocados pelas categorias, evitando o desenvolvimento de punições ilegítimas e desproporcionais a figuras que não representam riscos democráticos (FRANCIS, 2016).

Na mesma medida, ao se definir as *fake news* como informações falsas, imprecisas ou enganosas, presume-se que haja uma “verdade” que sirva como paradigma para que se afirme uma suposta falsidade. Dessa forma, busca-se excluir da definição as opiniões (ainda que mal fundamentadas), as quais simplesmente não podem ser caracterizadas como verdadeiras ou falsas, bem como as denúncias feita pela imprensa e outras informações cuja veracidade ou falsidade ainda não veio à tona, e

⁴ Nesse sentido, alguns autores evitam falar em *fake news* pois o próprio meio de expressão das *fake news*, representado pela internet e pelas mídias sociais, pelo enorme fluxo de informações, muitas vezes contribui para mesclar a desinformação com informações pessoais dos usuários, impedindo o correto enquadramento do fenômeno.

⁵ No escopo do presente artigo, procurou-se evitar misturar o fenômeno da desinformação com outras questões, como a produção de conteúdo ilegal ou ofensivo (como difamação, discursos de ódio e incitação à violência), que já são objeto de regulações específicas.

por isso mesmo devem ser debatidas e investigadas, e não simplesmente combatidas.

Além disso, parece ser interessante ao Direito enxergar na discussão dois fenômenos diversos: de um lado, informações falsas, imprecisas ou enganosas que são produzidas com o escopo de causar dano público ou obter proveito, e de outro lado, a informação falsa, imprecisa ou enganosa compartilhada por pessoas que não a reconhecem como tal (COMISSÃO EUROPEIA, 2018). Nesse sentido, ao se falar do fenômeno da desinformação, deve-se ter em mente, sobretudo em termos de responsabilização jurídica dos envolvidos, que a diligência do usuário da internet frente à informação falsa não parece ser a mesma do profissional responsável por informar a sociedade, ou, principalmente, do próprio responsável pela criação e disseminação de *fake news*.

Definido o objeto analítico do presente artigo, é necessário reconhecer que a realidade pode ser mais complexa do que a teoria e que nem sempre os termos da definição são estáticos, podendo haver informações que não se encaixam perfeitamente em nenhuma categoria, caindo em uma verdadeira zona cinzenta (LEVI, 2018). Em outras palavras, os fenômenos diversos que se diferenciam das *fake news* no plano teórico, incluindo o viés específico de alguma mídia, mau jornalismo e até mesmo opiniões, muitas vezes se interpenetram com as informações falsas propriamente ditas. Não há, no contexto da comunicação digital atual, o binômio verdade-mentira, sendo muitas vezes difícil traçar com clareza o que é verdadeiro e o que é falso, em muitas situações havendo uma mistura de ambos. Tal problema se torna ainda mais intenso quando fatos (que têm a qualidade de verdadeiros ou falsos) se misturam com opiniões (que não possuem e não podem possuir tais características), como ocorre frequentemente no jornalismo. Tudo isso torna a qualificação de uma informação como *fake news* perigosamente incerta no caso concreto. Ou seja, mesmo tentando balizar e definir o fenômeno com critérios claros, impende reconhecer que nem sempre o resultado é matemático, razão pela qual o controle é tão difícil.

2. O papel da internet e das mídias sociais no renascimento e expansão do fenômeno da desinformação

Como segundo elemento de análise, na tentativa de compreender o fenômeno da desinformação, é imperativo refletir sobre sua peculiar forma de disseminação. A despeito de ser no contexto hodierno irrefutavelmente um termo em voga, a desinformação pode ser considerada um fenômeno antigo. A opinião pública foi em diversos episódios influenciada por informações erradas, mentiras deliberadas e teorias da conspiração, as

quais também, de uma certa forma, imiscuíram-se no debate público (FRIAS FILHO, 2018), conduzindo a sociedade a alguma espécie de desinformação. Como exemplo histórico, cita-se o caso “great moon hoax” de 1835, no qual foi publicado no New York Sun uma série de artigos sobre a suposta descoberta da vida na lua. Outro célebre exemplo poderia ser a própria chegada do homem à lua, em 1969, episódio no qual muitas foram as notícias e teorias da conspiração afirmando que tudo não passava de um jogo político americano e que as imagens haviam sido produzidas artificialmente (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017).

Nesse quadro, a novidade e peculiaridade do fenômeno moderno de desinformação representado pela disseminação de *fake news* não repousa sobre a desinformação em si, mas em sua forma de manifestação através da internet e das mídias sociais. A conjuntura na qual se inserem as *fake news* é a de um ambiente democrático e descentralizado representado pelas mídias sociais, um espaço de conexão entre indivíduos (CASTELLS, 2012), cujo maior valor está na possibilidade de compartilhamento de informações (DAVENPORT, 1994). É nesse âmbito, intrinsecamente ligado com a democracia, que o fenômeno hodierno das *fake news* se insere, ganhando caráter eminentemente novo.

Como primeiro ponto de destaque, observa-se que a própria estrutura do ecossistema da informação, construída em torno de plataformas poderosas que atuam como intermediários de informação, exacerba o fenômeno, na medida em que reproduz e dissemina as notícias com amplitude e velocidade incomuns (SYED, 2017), amplificando os efeitos da implantação estratégica de notícias falsas para fins políticos ou comerciais (LEVI, 2018). Como segundo ponto, a doutrina especializada aponta que as barreiras à entrada de usuários no setor de mídia caíram vertiginosamente, não somente porque é mais fácil criar sites, mas também porque é fácil monetizar o conteúdo da web por meio de publicidade, e, portanto, o acesso às plataformas poderosas fica mais fácil. A isso soma-se o terceiro ponto, que é o aumento no uso das mídias sociais, os grandes veículos relacionados à disseminação de notícias falsas: atualmente, há 2,5 bilhões de usuários de mídias sociais no mundo, podendo chegar, em 2021, a mais de 3 bilhões (NUMBER OF SOCIAL MEDIA, 2019). Tal crescimento no número de usuários faz com que mais pessoas estejam envolvidas pelo novo ecossistema de informações e sejam, por conseguinte, cada vez mais afetadas e expostas às *fake news*. Como quarto ponto, deve-se considerar também a polarização política crescente, a qual afeta a probabilidade de cada lado acreditar passionalmente em notícias falsas negativas sobre o outro (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017), contribuindo para dar ao fenômeno uma amplitude ainda maior.

Em resumo, a arquitetura do atual ecossistema de informações arma o discurso falso com credibilidade e impacto e até estimula a distribuição viral de *fake news* nas mídias sociais (LEVI, 2018) através da facilidade de compartilhamento online e da velocidade e capacidade de amplificação das informações, o que é importante, pois um número considerável e crescente de pessoas recebe informações através dessas mídias. Ou seja, a despeito de “notícias falsas” serem, em geral, um fenômeno antigo, a nova conjuntura revolucionou a forma de lidar com o problema. Ilustrativamente, as mídias sociais provêm um “megafone” a alguns atores que, munidos de *know-how* técnico, social ou político, distribuem maliciosamente grandes volumes de *fake news*.

3. Problema: informação como base da democracia

As *fake news*, com as características atuais que as diferenciam, vêm sendo consideradas como um fator de risco à democracia moderna (SYED, 2017). Seu caráter pernicioso revela-se sobretudo pelo potencial de influenciar e manipular a opinião pública através da desinformação, a qual afeta o entendimento do indivíduo sobre a realidade (ALEMANNO, 2018).

Impende observar, assim, que altos custos sociais decorrem da disseminação de *fake news* em um regime democrático. Primeiramente, a disseminação de *fake news*, e, portanto, de falsidades travestidas de verdades, reduz o conhecimento da população em relação a fatos básicos. Além disso, as *fake news* têm o condão de corroer o discurso público, na medida em que se misturam com outras informações, igualando-se (ou pelo menos tentando se igualar) a notícias verdadeiras. Isso culmina, em última análise, em uma situação de “poluição informacional” (WARDLE; DERAKHSHAN, 2017), bem como na desvalorização e deslegitimação de especialistas, instituições autorizadas e dados objetivos, que passam, mesmo quando verdadeiros, a serem vistos como “enviesados”, minando a capacidade de a sociedade se envolver em um discurso racional baseado em fatos compartilhados. Ademais, o fenômeno acaba gerando ainda mais polarização política⁶, contribuindo para “sedimentar” opiniões e preconceitos, uma vez que se prefere acreditar na notícia que se coaduna com posições pré-existentes (WALDMAN, 2017).

O quadro que se forma a partir daí é particularmente alarmante: cidadãos de baixa informação, os quais se mantêm desinformados devido às falsidades veiculadas, cristalizam seus preconceitos políticos

⁶ Não somente reforça os vieses políticos anteriores, mas as *fake news* atingem também consumidores menos engajados politicamente, criando condições ideais para seletividade da informação e confirmação de preconceitos.

ao selecionar mídias que confirmam suas crenças anteriores, e, por conseguinte, aumentam ainda mais a polarização, o que faz voltar ao começo do ciclo, diminuindo a confiança nas informações verdadeiras e estimulando ainda mais a seleção de mídia de confirmação (WALDMAN, 2017). Trata-se de um ciclo que se retroalimenta.

Essa situação é, por sua vez, perniciosa à democracia, a qual tem como um de seus mais expressivos baluartes as liberdades comunicativas (liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de informação). Dentre elas, a liberdade de informação, que inclui o direito à informação, é defendida expressamente no art. 5º da Constituição de 1988, incisos XIV e XXXIII. A informação é aspecto central na cidadania e pedra angular de outros requisitos cívicos, pois somente quando há informação disponível sobre fatos e processos é que se pode formar uma opinião e manifestá-la (BOCK, 2018), de modo que é fundamental que os cidadãos – máxime como eleitores – sejam informados, para que haja uma boa prática democrática. Se não há informação adequada, não há possibilidade alguma de as decisões refletirem os interesses da comunidade e de haver, portanto, a representação e participação dos cidadãos no processo democrático (HOCHSCHILD, 2010). Como corolário, a liberdade de expressão, inexoravelmente ligada à oportunidade de ser ouvido e acreditado, acaba também por ser afetada, devido à poluição informacional gerada pela disseminação de notícias falsas.

Assim, através do fenômeno da desinformação, subverte-se a autonomia dos indivíduos, a qual se baseia, idealmente, na liberdade de escolha e de opinião obtidas através de um debate livre pautado pela persuasão (SIMONS, 2017) e que é derivada tanto da possibilidade de escolha, quanto da própria escolha em si mesma como sendo livres, desprovidas de coerção ou manipulação (FRANCIS, 2016). As *fakes news* são responsáveis justamente pelo consumo involuntário de informação falsa⁷, e, dessa maneira, o posicionamento dos indivíduos passa a não ser produto de um diálogo democrático e livre, com acesso à informação, mas de uma espécie de manipulação, através da falsidade. Os corolários de tal situação fazem-se sentir não somente na esfera individual, mas na democracia como um todo, pois, na medida em que desvaloriza as informações legítimas, o fenômeno das *fake news* tolhe a participação da sociedade em um debate racional (FRANCIS, 2016).

Especialmente no âmbito da política, tais consequências avultam, visto que a crença do público nas *fake news* pode afetar vigorosamente o

⁷ No contexto eleitoral, mesmo admitindo que haja preferência do leitor pela notícia que se harmoniza com sua visão e ideologias políticas, a notícia deve ser verdadeira, sem que haja manipulação dos fatos pela informação falsa para atrair um determinado grupo político.

processo eleitoral e a escolha dos candidatos (TIMMER, 2016). Ademais, a desinformação pode afetar o cenário político também a longo prazo, pois a poluição do sistema informacional gera confusão e desconfiança generalizada⁸, dificultando a distinção do verdadeiro e do falso pelos eleitores, que ficam sem saber no que acreditar (LEVI, 2018). Assim, incompetência, demagogia e corrupção podem surgir como conseqüências.

4. Contraponto: o preço que pagamos por uma sociedade livre?

Em face aos impactos perniciosos das *fake news* para a democracia, a pergunta que se coloca é: como seria possível evitar sua disseminação sem incorrer, também, em uma violação de liberdades civis? O discurso, principalmente o político, é profundamente protegido pela Constituição Federal, na forma da liberdade de expressão, também liberdade comunicativa e outro ponto nevrálgico da democracia moderna. Em linhas gerais, a liberdade de expressão pode ser considerada um “conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação” (TÔRRES, 2013), que tem como escopo proteger os que emitem informações, críticas, opiniões e até mesmo criações (SILVA, 2000). No sistema jurídico brasileiro, particularmente importantes são, em nível constitucional, o art. 5º IV, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e IX, em que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A vedação da censura como consequência à afirmação da liberdade de expressão vem afirmada no § 2º do artigo 220, através da proibição de “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Em nível infraconstitucional, a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815 reafirma a impossibilidade de qualquer tentativa de censura prévia à liberdade de expressão⁹.

⁸ É interessante ainda notar que, no campo da política, avulta a dicotomia entre real fake news e fake fake news, ou seja, o uso do termo fake news de maneira retórica, como uma forma de lançar dúvidas sobre a qualidade e veracidade de determinada cobertura jornalística. Acusar uma determinada notícia de fake news, como uma técnica política, acaba por deslegitimar ainda mais a notícia jornalística crítica, pois incentiva o público a considerar falsas quaisquer notícias “negativas” publicadas (muitas das quais de caráter denunciativo), já que a própria organização seria enviesada. Cf. LEVI, Lili. Real Fake News and Fake Fake News. First Amendment Law Review, v. 16, p. 232-327, 2018 p. 262. Tal ponto será tratado mais especificamente no capítulo 4.

⁹ Na mencionada ADI, discutia-se a inconstitucionalidade dos referidos artigos do Código Civil no que tange à criação de obras literárias e a necessidade ou não de autorização do biografado, ponderando a tensão, de um lado, entre liberdade de expressão e direito à informação, e de outro, direitos da personalidade (honra, imagem, etc.) em desfavor da liberdade de expressão. Afirma-se que a criação de obras literárias não pode depender do consentimento prévio do biografado, mas que, naturalmente, isso não impediria a existência de sanção pelo uso abusivo da liberdade de expressão por meio de mecanismos de reparação a posteriori.

Justamente essa liberdade, levada a outro patamar, constrói a ideia de *marketplace of ideas*, segundo a qual a liberdade de expressão tem importância vital para a democracia, porque permite que as melhores ideias sejam bem-sucedidas e as piores fracassem. Por esse prisma, qualquer tentativa de censurar o discurso prejudicaria a esfera pública da liberdade de expressão, supostamente livre de intervenção governamental (WALDMAN, 2017).

Esta é a principal crítica levantada no que tange às tentativas de controle de *fake news*. O grande problema é que, justamente pela dificuldade na qualificação da informação como *fake news*, na prática, não é tão simples afirmar que uma notícia específica seja um abuso do direito de liberdade de expressão. Categorizar uma informação, uma denúncia, um boato como *fake news*, sob o pretexto de censurá-la, é muito conveniente para governos que estão interessados em banir informações que não são favoráveis aos seus próprios interesses. Como visto, o discurso dos cidadãos amplifica-se e torna-se mais acessível através das plataformas de mídias sociais, as quais facilitam consideravelmente a exposição de opiniões, pensamentos, especulações, críticas de viés político, entre outros. É verdade, por um lado, que no mundo dos fatos há informações verdadeiras e falsas. Por outro lado, no entanto, para se chegar na veracidade ou falsidade de uma informação, é imperativo muitas vezes realizar exercícios investigativos complexos, pois, como já demonstrado anteriormente, o contexto da comunicação dificulta a verificação do binômio verdade-mentira. Não se pode, em outras palavras, confundir incerteza – cuja investigação pode fazer surgir verdades antes desconhecidas – com falsidade, de modo que censurar informações cuja veracidade é duvidosa pode ser um exercício temerário e pode, de algum modo, representar uma ofensa às liberdades civis.

Há, de fato, alguns casos emblemáticos de *fake news* que revelam exatamente o fenômeno que se quer capturar quando se fala de “desinformação”. Um exemplo seria o caso dos meninos da Macedônia (“Veles Boys”), os quais se destacaram em 2016 por inventarem, entre outros, notícias falsas sobre supostas declarações racistas de Hillary Clinton na época das eleições presidenciais americanas, com o objetivo de ganhar “cliques” e, por conseguinte, dinheiro com os anúncios. Da mesma forma, no primeiro turno das eleições brasileiras de 2018, veiculou-se amplamente nas mídias um vídeo mostrando uma urna que supostamente “autocompletava” o voto para presidente ao apertar o número 1, indicando o número 13. Após investigação pericial, no entanto, comprovou-se que o vídeo fora feito usando técnicas de montagem, e tal esclarecimento foi publicado pelo TSE (URNA AUTOCOMPLETA, 2018), não havendo

dúvidas de que se trata de informação falsa, fundamentalmente inventada, com o escopo de enganar o eleitor e, portanto, extremamente pernicioso no que tange aos direitos fundamentais trabalhados alhures.

Diferentemente dessas situações, todavia, a maioria dos casos que são tratados como “*fake news*” encontram-se em uma perigosa zona cinzenta, não sendo claramente verificáveis. Perscrutar o intento da notícia (enganar ou não), o motivo (financeiro ou político) e a informação (se é fato ou ficção) é o maior problema no que tange ao controle adequado das *fake news*, pois a maioria possui uma mistura de intenções, de motivos, de verdades e falsidades (VERSTRAETE; BAMBAUER; BAMBAUER, 2017), e a censura pode inexoravelmente abrir margem para que autoridades abusem de seu poder para censurar notícias legítimas, porém desagradáveis.

De maneira nenhuma pretende-se defender, no presente artigo, que informações sabida e comprovadamente falsas, imprecisas ou enganosas possam ser disseminadas livremente, como um verdadeiro *marketplace of fake news*¹⁰, para que o indivíduo escolha simplesmente acreditar na verdade que lhe pareça mais atraente. Pelo contrário. O fenômeno da desinformação, que consiste na disseminação de notícias sabidamente falsas, deve ser combatido justamente em razão de todos os flagelos que traz à democracia, os quais já foram tratados nos tópicos anteriores.

O que é imperativo demonstrar, no entanto, é que há um limite de intervenção que, no plano teórico, parece ser evidente, mas no plano dos fatos nem sempre é, pois não raro as *fake news* são “confundidas” ou expandidas, propositalmente ou não, para abarcar outros fenômenos e manifestações que são em tese protegidos pelas liberdades civis. Em outras palavras, vem se demonstrando prática comum no âmbito político utilizar o combate à desinformação de modo a censurar notícias legítimas, porém desagradáveis, ou afirmações cuja veracidade ainda não foi totalmente refutada, ou até mesmo meras opiniões e críticas, que nem sequer são fatos e por isso não poderiam ser taxadas de “verdadeiras” ou “falsas”. A despeito da tentativa de definição e balizamento terminológico do termo, o fato é que seus contornos e limites ainda são obscuros, aumentando a confusão entre o fenômeno da desinformação pernicioso, o qual se quer captar, e outros fenômenos protegidos pelos direitos fundamentais.

¹⁰ No contexto americano que serviu como berço à ideia de *marketplace of ideas*, reflexos podem ser vistos nas decisões jurisprudenciais, como nas decisões da Suprema Corte, que se posicionou dizendo que o *false speech* receberia também proteção da liberdade de expressão estabelecida na Primeira Emenda. Ver também *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

5. Papel do direito na regulação

O problema da desinformação está, como visto, intrinsecamente conectado ao desenvolvimento das mídias digitais e à arquitetura da rede. Trata-se de problema complexo, para o qual há diversos atores e, em geral, usos manipulativos da arquitetura da rede para fabricar, circular e ampliar a desinformação sobre uma escala maior do que anteriormente, ainda de formas mal mapeadas e mal compreendidas, o que dificulta a regulação.

Deve-se questionar, nesse sentido, qual o papel do direito na regulação e no controle da desinformação. Há meios jurídicos suficientes para combatê-lo? É necessário criar novas figuras legislativas? Há, de fato, algumas figuras em legislações que cumprem até certo ponto o papel de evitar um ambiente de caos no que tange a informações veiculadas na internet. Nesse sentido, a Lei das Eleições prevê regras regulando a propaganda eleitoral na internet (art. 57-A ss.), e o Código Eleitoral condena a divulgação de informações “sabidamente inverídicas” e reitera a liberdade de voto (arts. 323, 222 e 237). Na mesma medida, no contexto brasileiro, ganha aplicação a Resolução nº 23.551/2017 do TSE, a qual estatui em seu art. 22 §1º que a livre manifestação do pensamento é passível de limitação quando ocorrer divulgação de “fatos sabidamente inverídicos”.

Ou seja, se o problema é a disseminação de notícias evidente e comprovadamente inverídicas na internet, trata-se de problema, felizmente, já resolvido pela regulação jurídica. E em relação às informações que não são “sabidamente inverídicas”, ou seja, falsas, imprecisas ou enganosas, como opiniões ou denúncias da imprensa, deve-se evitar o tratamento delas como *fake news* para não cair no risco de censura à manifestações constitucionalmente protegidas.

É exatamente nisso que reside as críticas a algumas tentativas, em outros países, de criar figuras “específicas” para lidar com o problema da desinformação. Está em voga, em tal contexto, discussões e críticas à proposta legislativa “anti-*fake news*” de Singapura, proposta pelo governo na primeira semana de abril de 2019. Segundo especialistas, a lei é excessivamente ampla e vaga, abrindo margem a uma possibilidade de ação muito grande ao governo. Na seção 7(i)(b)(iv) do projeto, por exemplo, lê-se que não se deve comunicar em Singapura nenhum *statement* (definido pela lei como qualquer palavra, incluindo abreviatura, número, imagem em movimento ou não, som, símbolo ou outra representação, ou uma combinação de qualquer uma destas) que possa diminuir a confiança do público no desempenho de qualquer dever ou função ou no exercício de qualquer poder pelo Governo, um Órgão de Estado. Além dessa

seção, outras (vide 4 (f), 8 (3)(f), 9(3)(f)) também são polêmicas ao proibir qualquer ato nesse sentido. O significado de “diminuir a confiança do público” é, porém, extremamente vago, abrindo margem para uma série de interpretações que levariam à censura. Uma tal proposta legislativa é um exemplo de como se deve ter cautela na regulação do fenômeno. No caso, o projeto peca justamente por, em uma tentativa quase “desesperada” de combater a desinformação, tentar atribuir ao fenômeno limites e contornos definidos que ele não tem, acabando por criar definições muito amplas e incluir na proibição outras figuras que não são propriamente fake news, respondendo à violação de direitos com mais violação de direitos.

Nesse sentido, a orientação atual mais específica sobre como abordar o problema das *fake news*, a *Joint Declaration on Freedom of Expression and “Fake News”, Disinformation and Propaganda* sublinha o dever dos Estados de criar um “ambiente propício para a liberdade de expressão” ao abordar o tema da desinformação. Salienta ainda que a liberdade de expressão não se limita a declarações “corretas”, mas que o direito também deve proteger informações e ideias que tenham o condão de chocar, ofender e perturbar (na medida em que não se incorra em violação a direitos da personalidade), e que tais liberdades não podem ser violadas pelos Estados sob o pretexto de proibição e combate à desinformação.

No sistema jurídico brasileiro, conforme mencionado, já há figuras que, ao proibir a disseminação da informação sabidamente inverídica, são capazes, de alguma forma, de evitar uma situação de absoluto caos. Qualquer informação e afirmação que se mostrem duvidosas quanto a sua legitimidade devem, como em qualquer caso de possível violação de direitos, ser analisadas pelo poder judiciário, conforme as regras gerais do sistema jurídico no que tange à interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas, mas não simplesmente censuradas.

Vale observar, no entanto, que o direito não é o único controlador dos comportamentos no ciberespaço. Há outros fatores importantes que influenciam em tal campo, como normas sociais, o mercado e, especialmente, a arquitetura da rede (LESSIG, 2006), que também podem ser eficientes para lutar contra o fenômeno da desinformação e tolher seus efeitos perniciosos à democracia. É imperativo notar que a própria arquitetura da rede na qual se disseminam as *fake news* torna inviável que o direito seja mais rápido que as informações. A internet funciona como um conjunto de redes descentralizadas que usam protocolos para transmitir informações e se comunicar. Em razão destes protocolos que a caracterizam, a internet se tornou o principal meio de comunicação na história, e tal fato parece não ser barrado pelo controle judicial posterior a eventuais violações, pela subsunção do fato às normas, depois que a

informação falsa já foi veiculada e já produziu seus efeitos deletérios à democracia (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

Com isso, abre-se a porta para a discussão sobre outras maneiras de combater o problema¹¹ que talvez sejam mais eficientes, através, por exemplo, do controle pelas próprias mídias sociais nas quais as *fake news* se veiculam (ALEMANNO, 2018). As mídias sociais, como o Facebook, dispõem de algoritmos e mecanismos que permitem, entre outros, selecionar informações mais “relevantes” para cada usuário. A existência deste recurso reforça a capacidade de uma plataforma como o Facebook se envolver com o problema das *fake news* (FACEBOOK’S GLOBAL FIGHT, 2017). Nesse sentido, alguns projetos de lei visam a aumentar a responsabilização das plataformas¹² pela veiculação de notícias falsas, como a recente lei alemã, a qual determina que os conteúdos “claramente ilegais”, incluindo as *fake news*, devam ser retirados em até 24h (GERMANY APPROVES, 2017) pela plataforma de mídia social.

Tal solução parece ser atraente, pelo menos à primeira vista, uma vez que propõe que o controle seja realizado dentro da própria arquitetura da rede, impedindo que o conteúdo se dissemine de forma descontrolada, caso seja reputado como *fake news*. Por outro lado, a ideia é duramente criticada e deve ser vista com parcimônia, uma vez que, mesmo se tratando de um algoritmo (uma inteligência artificial programada para tal), o código subjacente é feito pelo agente privado, não havendo garantia nenhuma de que a própria estrutura não seria corrompida por vieses pessoais (CALISKAN; BRYSON; NARAYANAN, 2017). Isso aumenta o poder das redes sociais em definir o que é verdadeiro e falso e conduz ao problema anterior do risco da censura (FRANCIS, 2016). Ademais, uma parte da doutrina ainda argumenta que não haveria interesse das mídias sociais em realizar tal controle de forma correta, visto que o próprio modelo de negócio de tais mídias é baseado no aumento do envolvimento dos usuários e na monetização de seus dados (ALEMANNO, 2018).

Outra hipótese normalmente aventada pela doutrina como opção de combate ao problema consiste no investimento na educação dos usuários da internet, pois, em última análise, para tornar as *fake news* inócuas, deve o leitor não se deixar manipular, máxime no que tange às notícias de caráter político. Através desse processo de verificação e de conscientização

¹¹ No contexto da teoria de Lawrence Lessing, alguns autores pensam que tal forma de regulação seria incluída dentro da regulação pela arquitetura da rede. Cf. FRANCIS, Chloe. Trial of Truth: Law and Fake News. *Edinburgh Student Law Review*, v. 3, p. 100-113, 2016, p. 111.

¹² Vale ressaltar que, no contexto brasileiro, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), em seu art. 19, só responsabiliza as plataformas por danos gerados por terceiros em caso de haver ordem judicial específica, visando assegurar a liberdade de expressão e proibir a censura.

pelo próprio leitor, as *fake news* perniciosas à democracia, as quais inventam fatos e prejudicam o debate público, poderiam perder eficácia, e, por conseguinte, não enganariam o leitor e tampouco prejudicariam o debate democrático. Idealmente seria esta, com certeza, a melhor maneira de lidar com a desinformação, tornando-a inócua. O problema nessa solução, no entanto, é que confiar na responsabilidade individual para lutar contra o dilema colocado pelas *fake news*, imaginando que seja simples ao usuário identificar informações falsas (sobretudo considerando a polarização política que atrai o leitor a acreditar no que é “conveniente”) é algo distante da realidade hodierna e que, a despeito de poder ser uma possível solução, teria efeitos somente a longo prazo, não contribuindo para combater o problema de forma imediata (SAVINO, 2017).

CONCLUSÃO

As *fake news* são um problema social que ilustra a preocupação com o fenômeno da desinformação, cujo protagonismo se deve sobretudo ao crescimento das mídias de comunicação social e, em geral, à revolução tecnológica representada pela expansão da internet, a qual interferiu no modo de disseminação de informações e de expressão de opiniões. Neste quadro, a reflexão sobre os impactos democráticos das *fake news* passa, inexoravelmente, pela análise de qual o dilema que o fenômeno coloca, cuja compreensão exigiu o estudo sobre as características das *fake news* e seu modo de atuação.

Os impactos democráticos do fenômeno podem ser interpretados através de um dilema: há, no mesmo contexto, uma preocupação com o direito à informação e o debate democrático, preocupação amplificada pelo modo atual de disseminação das *fake news* através da internet e mídias sociais, e a questão da liberdade de expressão, inerente ao fenômeno das *fake news*, uma vez que esta representa um fenômeno misto na maioria das vezes, havendo dificuldades, na prática, de segregar o que é uma notícia inventada perniciosa à democracia e o que é uma opinião, uma crença, ou outras manifestações de pensamento.

No que tange aos impactos às liberdades comunicativas, os corolários da disseminação de notícias falsas parecem ser devastadores. A liberdade de escolha dos indivíduos é dependente da liberdade no processo de escolha, o que tem como pressuposto inexorável a existência de um debate livre e racional na sociedade, o qual, por sua vez, só pode ser alcançado apoiando-se em informações verdadeiras (as quais atuam como verdadeira “matéria prima” no debate democrático). Dessa forma, a partir do momento em que tal matéria prima é corrompida por meio da falsidade travestida de verdade, seja por motivos financeiros – como ganhar mais

acessos e monetizá-los a partir de propagandas – ou políticos, não se pode mais falar em autonomia e liberdade de escolha, mas sim de manipulação de opinião. O fato de que tais informações sabidas e comprovadamente falsas, imprecisas ou enganosas devam ser combatidas, face a todos os flagelos provocados, é irrefutável. Não se trata, nesse diapasão, de uma questão de sim ou não, mas sim de uma questão de como, de que maneira. Pretendeu-se demonstrar, nesse sentido, que há um limite de intervenção que, no plano teórico, parece ser evidente, mas no plano dos fatos pode ser enganoso, pois nem sempre as informações veiculadas encaixam-se claramente na categoria *fake news*.

Tal dilema deve ser levado a sério pelos operadores do Direito no momento de reflexão sobre a regulação jurídica e o controle da desinformação. Através da análise da legislação já existente, percebeu-se que o sistema jurídico possui mecanismos que lutam contra a disseminação de notícias evidente e comprovadamente inverídicas na internet. Isso não significa, entretanto, que o problema esteja resolvido, pois, na maioria das vezes, não há obviedade na qualificação de uma informação que justifique a aplicação de tais normas. Isto é, em relação às informações que não são “sabidamente inverídicas”, deve a regulação jurídica encontrar limitações, para não cair no risco de censura a outras formas de manifestação que são constitucionalmente protegidas.

Considerando os direitos envolvidos e a arquitetura da internet, o problema das *fake news* é complexo e parece não ser combatido de forma tão simples. Um dos desafios dos juristas e do Direito, como um dos reguladores, parece ser, então, de um lado, qualificar corretamente a informação a fim de capturar exatamente o fenômeno pretendido, evitando a disseminação de informações falsas, imprecisas ou enganosas que têm o condão de enganar o público, e, de outro lado, reconhecer suas próprias limitações como instrumento de regulação social, a fim de garantir uma solução equânime e equilibrada, considerando as vicissitudes de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEMANNO, A. How to Counter Fake News? A Taxonomy of Anti-fake News Approaches. *European Journal of Risk Regulation*, v. 9, n. 1, p. 1-5, 2018.
- ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, p. 211-36, 2017.

BÂRGĂOANU, A.; RADU, L. Fake News or Disinformation 2.0? Some Insights into Romanians' Digital Behaviour. *Romanian Journal of European Affairs*, v. 18, n. 1, p. 24-38, 2018.

BOCK, Michael. *Die Übertragbarkeit der Kommunikationsfreiheiten des Artikel 5 GG auf das Internet*. Hannover: Springer, 2018.

CALISKAN, A.; BRYSON, J.; NARAYANAN, A. Semantics derived automatically from language corpora contain human-like biases. *Science*, v. 356, p. 183-186, 2017.

CASTANHO, M.A. *O processo eleitoral na era da internet: as novas tecnologias e o exercício da cidadania*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014, p. 239-240.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. *A multi-dimensional approach to disinformation*: Report of the independent high-level group on fake news and online disinformation. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

DAVENPORT, T. Saving its soul: human-centered information management. *Harvard Business Review*, v. 72, n. 2, p. 119-131, mar./apr. 1994.

FACEBOOK'S GLOBAL FIGHT against fake news. *CNN Business*, 2017. Disponível em: <https://money.cnn.com/2017/05/09/technology/facebook-fake-news/index.html>. Acesso em: 19.03.19.

FLICK, D. Combatting Fake News: Alternatives to Limiting Social Media Misinformation and Rehabilitating Quality Journalism. *SMU Sci. & Tech. L. Rev.*, v. 20, p. 375-405, 2017.

FRANCIS, C. Trial of Truth: Law and Fake News. *Edinburgh Student Law Review*, v. 3, p. 100-113, 2016.

FRIAS FILHO, O. O que é falso sobre fake news. *Revista USP*, n. 116, p. 39-44, 2018.

GERMANY APPROVES plans to fine social media firms up to €50m. *The Guardian*, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/media/2017/jun/30/germany-approves-plans-to-fine-social-media-firms-up-to-50m>. Acesso em 19.03.19.

HOCHSCHILD, J. If democracies need informed voters, how can they thrive while expanding enfranchisement?. *Election Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-123, 2010.

KRASKI, R. Combating Fake News in Social Media: US and German Legal Approaches. *St. John's Law Review*, v. 91, p. 923-956, 2017.

LEVI, L. Real Fake News and Fake Fake News. *First Amendment Law Review*, v. 16, p. 232-327, 2018.

LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

NUMBER OF SOCIAL MEDIA Users Worldwide from 2010 to 2021. *Statista*, 2019. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/278414/number-of-worldwide-social-network-users/>. Acesso em: 14.03.2019.

SAVINO, E. Fake News: No One Is Liable, and That Is a Problem. *Buffalo Law Review*, v. 65, p. 1101-1168, 2017.

SERRAGLIO, P; ZAMBAM, N. Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 49, p. 114-141, 2016.

SILVA, J.A. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMONS, Greg. Fake News: as the Problem or a Symptom of a Deeper Problem?. *Образ (Obraz Journal)*, Issue 4, n. 26, p. 33-44, 2017.

SYED, N. Real Talk About Fake News: Towards a Better Theory for Platform Governance. *Yale Law Journal Forum*, v. 127, p. 337-357, 2017.

TIMMER, J. Fighting Falsity: Fake News, Facebook, and the First Amendment. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 35, p. 669-705, 2016.

TÔRRES, F.C. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013.

URNA AUTOCOMPLETA voto: falso. *TSE*, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/esclarecimentos-informacoes-falsas-eleicoes-2018/urna-autocompleta-voto.html>. Acesso em 15.03.19.

VERSTRAETE, Mark; BAMBAUER, Derek E.; BAMBAUER, Jane R. Identifying and countering fake news. *Arizona Legal Studies*, n. 17, p. 1-33, 2017.

WALDMAN, A. The Marketplace of Fake News. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 20, p. 845-870, 2017.

WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making, *Council of Europe report DGI*, p. 1-109, 20

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE NOS CASOS DE ADOÇÃO TARDIA: UMA ANÁLISE DO APLICATIVO A.DOT

*Hellen Luana de Souza*¹

*Marielle Teixeira da Silva Polli*²

RESUMO

A proteção estatal prestada às crianças e adolescentes é fundada no princípio do melhor interesse da criança e adolescente, que apesar de sua amplitude, traça as linhas gerais de seu conteúdo por meio do estudo do desenvolvimento da legislação aliado a produção acadêmica e doutrinária. Através disso, no presente artigo, faz-se uma exposição da questão da adoção tardia evidenciando os aspectos sociais que a cercam, utilizando-se de dados estatísticos do Conselho Nacional de Adoção (CNA), conferindo, com isso, substrato numérico a pesquisa. A partir disto, adentra-se na análise sobre o funcionamento e o papel na promoção do princípio do melhor interesse da criança e adolescente dos mecanismos de busca alternativa para adoção, dando especial enfoque ao aplicativo para adoção intitulado A.dot. Analisando tais pontos, objetiva-se explicar a importância da existência e disseminação dos meios de busca alternativa para adoção como forma de incentivo a adoção tardia. Exposto e analisado o tema, a conclusão final é de que meios de busca alternativa são eficientes na desconstrução de estereótipos e no incentivo a adoção tardia e, conseqüentemente, contribuem para a promoção do princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Palavras-chave: Princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Adoção tardia. Mecanismos de busca alternativa. A.dot.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina. Estagiária da 1ª Vara da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Londrina do Tribunal de Justiça do Paraná no período de março/2018 a abril/2019. E-mail: hellenluanas78@gmail.com.

² Advogada, OAB/PR 98.668. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Estagiária da 1ª Vara da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Londrina do Tribunal de Justiça do Paraná no período de março/2017 a dez/2018. E-mail: marielle_polli@hotmail.com

ABSTRACT

The state protection provided to children and adolescents is based on the principle of the best interest of children and adolescent, which in spite of its breadth, outlines the content of these laws by studying the development of legislation allied with academic and doctrinal production. Through this, in this article, an exposition of the issue of the late adoption is made, showing the social aspects that surround it, using data from National Adoption Council (NAC), thus giving a numerical substrate to the research. Based on this, the analysis of the functioning and the role in promoting the principle of the best interest of the children and adolescents of the alternative search mechanisms for adoption, focusing on the application for adoption, titled A.dot. Analyzing theses points, the objective is to explain the importance of the existence and dissemination of the means of alternative search for adoption as a way to incentive late adoption. After the exposition and analysis, the final conclusion is that alternative search methods are effective in deconstructing stereotypes and encouraging late adoption and, consequently, contribute to the promotion of the principle of the best interests of children and adolescents.

Keywords: Principle of the best interest of children and adolescents. Late adoption. Alternative search mechanisms. A.dot.

INTRODUÇÃO

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente adentrou no nosso ordenamento jurídico a partir da adesão da doutrina da proteção integral, a qual foi consolidada posteriormente a ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente, sendo tais pressupostos internalizados com a promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Deste modo, tal princípio revela-se como norteador não só na aplicação de medidas de proteção a crianças e adolescentes, mas também em todo processo que seja de competência da Vara da Infância e Juventude conjuntamente com outros princípios universalmente consagrados e constantes nos diplomas legais como a intervenção mínima e proporcionalidade. Contudo, tendo em vista a amplitude da ideia do que seria o “melhor interesse”, há certa dificuldade em aplicá-lo na prática, ressaltando-se que o mesmo deverá ser aplicado no caso concreto levando em base a interpretação da Constituição e todo aparato legal existente na área da infância e da juventude de forma a optar pela decisão menos prejudicial ou que cause menos dano à criança e adolescente de forma discricionária.

Destarte, há de se avaliar os mecanismos de busca alternativa à adoção de forma a possibilitarem os casos de adoção tardia, isto é, àquelas crianças consideradas “não adotáveis”, como por exemplo, a implementação de projetos e aplicativos que disponibilizam de uma maneira diferente e lúdica o perfil de crianças disponíveis para a adoção. Assim, tais mecanismos se utilizam de plataformas de vídeos e técnicas de design a fim de sensibilizar os pretendentes à adoção, já que essas crianças fogem do “perfil padrão” geralmente buscado em detrimento dos “mitos da adoção” ainda presentes bem como a mentalidade de assemelhar a adoção à realização de um projeto pessoal aproximando-se da maneira mais equivalente o possível de uma gestação biológica.

Posto modo, tendo em vista a necessidade de superar o problema social instaurado, visto que a porcentagem de adolescentes disponíveis para adoção é inversamente proporcional à de pretendentes que desejam adotar indivíduos a partir dos doze anos conforme dados apontados pelo Cadastro Nacional de Adoção (CNA), é que se faz necessária instauração de mecanismos de busca alternativa como no caso do “A.DOT”.

Desta forma, o presente artigo pontuará a problemática referente à adoção tardia e a importância desses mecanismos alternativos contrastando as informações extraídas do ofício-circular nº 135/2018 elaborado pela Corregedoria de Justiça do Poder Judiciário do Paraná e pelo Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude do Paraná que explica a implementação e o funcionamento do aplicativo A.DOT no Tribunal de Justiça do Paraná com os dados retirados do site do Conselho Nacional de Justiça referentes ao número de crianças disponíveis para a adoção e a quantidade de casais habilitados.

Portanto, será utilizada a metodologia comparativa utilizando-se dos dados retromencionados a fim de sustentar a hipótese de que os meios alternativos de adoção, especialmente o aplicativo A.DOT, auxiliam na problemática da adoção tardia atendendo ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

1. Princípio do melhor interesse da criança e adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente, também denominado de princípio do superior interesse da criança e adolescente, veio à tona ao ordenamento jurídico brasileiro após a adesão à doutrina da proteção integral.

Primeiramente, faz-se necessário mencionar o embate entre a situação irregular e a proteção integral no Brasil. Anteriormente ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), a legislação vigente no país acerca dos direitos das crianças e adolescentes consistia no Código de Menores (Lei

6.697/79) em que somente eram objeto de medidas de proteção a criança e/ou adolescente que se encontrava em situação irregular. Tal situação irregular era definida pelo Código como aquela em que a criança e/ou adolescente se encontrava abandonado ou praticava ato infracional, é o artigo *ipsis litteris*:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Destarte, observa-se que não havia uma preocupação de prevenção e proteção adequada e abrangente da criança e adolescente, já que as medidas de proteção aplicavam-se apenas àqueles que se encontravam nas situações descritas no Artigo 2º do Código, conforme previsto nos Artigos 1º e 59 do mesmo dispositivo legal. Ademais, as medidas de proteção aplicadas eram extremamente restritas, pois se resumiam à advertência, entrega da criança ou adolescente aos pais ou responsável, colocação em lar substituto, internação em estabelecimentos educacionais ou psiquiátrico e aplicação de medidas socioeducativas (ainda que esse não fosse o termo utilizado à época, se resumiam na imposição do regime de liberdade assistida ou colocação em casa de semiliberdade), além de algumas outras medidas dirigidas aos pais como a advertência, perda ou suspensão do pátrio poder, destituição da tutela ou perda da guarda.

Assim, diferentemente do atual rol de medidas de proteção aplicáveis pelo ECA orientadas por princípios e visando ao fortalecimento de

vínculos, o Código de Menores era restrito na aplicação de medidas tratando as crianças e adolescentes meramente como objetos de medidas judiciais, não transparecendo que se tratavam de sujeitos de direitos ou sequer oferecendo um tratamento correspondente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a impressão que se tem é a de que a legislação à época não havia sido criada a fim de proteger os chamados “menores”, mas apenas para garantir a intervenção jurídica quando houvesse qualquer risco material ou moral à sociedade de forma apenas a resolver o problema momentaneamente, além de tratar o “menor infrator” como um portador de uma patologia social, não se preocupando com sua prevenção ou mesmo trabalhando as necessidades sociais, psicológicas e de segurança e sequer facilitando a reinserção social das crianças e/ou adolescentes afetados (HOLANDA, 2012).

Hodiernamente, a doutrina da proteção integral restou consolidada após a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente (1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90. No âmbito internacional já se observava uma maior atenção à proteção da infância e adolescência, sendo que essa proteção especial já aparece na Declaração de Genebra (1924), também havendo destaque dessa assistência especial e direito a cuidados na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) em consonância ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança elenca uma série de princípios e direitos atinentes à criança, aplicando-se a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação seja inerente à própria criança ou à sua família. Neste íterim, o interesse superior da criança aparece expressamente no segundo princípio da Declaração ao prever o direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social

Princípio II

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que **se atenderá será o interesse superior da criança. (grifos nossos)**

Percebe-se, assim, uma primeira ideia do que seria esse princípio do melhor interesse e uma nova intenção de proteção ampla à criança, o qual foi confirmado e teve maior amplitude com a mencionada Convenção Internacional dos Direitos da Criança que estabelece o interesse maior da criança como norteador na tomada de ações de qualquer órgão

(instituições pública ou privadas, tribunais, autoridades administrativas, etc.) relativo a medidas aplicadas em relação àquela.

Insta salientar, que apesar do termo técnico utilizado na Convenção dizer respeito apenas à criança, tal proteção também se estende ao adolescente, visto que conforme o Artigo 2º do ECA considera-se criança todo ser humano com menos de 18 anos. Assim, a divisão entre criança e adolescente trata-se de divisão feita pelo *domestic law*, entendendo por essa divisão o legislador brasileiro em função de questões sociais e biopsicológicas conforme pode-se visualizar no Artigo 2º do ECA, o qual considera criança até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade.

Posto modo, a intenção é demonstrar que os adolescentes não são excluídos do âmago da proteção integral nem mesmo do superior interesse, já que se trata apenas da utilização de um termo técnico cuja classe de pessoas possuem seus direitos garantidos e contemplados tanto no *domestic law* quanto no *international law*.

Retornando à questão da proteção integral, infere-se que com a ratificação da Convenção de 1989 e a criação do ECA por meio da Lei 8.069/90, que vem em substituição ao Código de Menores, a doutrina da proteção integral é instaurada oficialmente no ordenamento jurídico brasileiro, onde são favorecidas as medidas de inclusão da criança e adolescente, tratando-os como sujeitos de direitos e se preocupando com o seu desenvolvimento biológico e psicológicos.

Assim, a proteção integral parte da concepção de que as normas referentes às crianças e adolescentes além de concebê-los como cidadãos plenos, devem reconhecer que estão sujeitos à proteção prioritária, já que se encontram em desenvolvimento, possuindo seus direitos fundamentais garantidos tanto pela Constituição Federal (CF) quanto pelo ECA (HOLANDA, 2012).

Nesta toada, observa-se que o Artigo 227 da CF/88 também reforça a proteção especial e integral das crianças e adolescentes, deixando totalmente de lado a questão da situação irregular, confirmada através do Artigo 98 do ECA, onde as medidas de proteção aplicam-se a toda e qualquer criança e/ou adolescente que se encontrem em situação de risco ou que tiverem seus direitos ameaçados ou violados. Isto é, nota-se que uma simples ameaça de violação de direitos já autoriza a intervenção da Justiça da Infância e da Juventude, que deve ocorrer tanto no plano individual quanto coletivo. Ademais, a questão da prevenção é trabalhada por meio dos Artigos 70 e 85 do Estatuto (decorrentes do Artigo 227 da CF) como forma de evitar a ocorrência de situações que possam dar

ensejo à violação dos direitos em comento e impondo a todos a obrigação de agir diante de qualquer ameaça ou violação àqueles, destacando ainda que a omissão na proteção desses direitos poderá, inclusive, ocasionar em sanção conforme dispõe o Artigo 5º do ECA.

Superada a questão da proteção integral, retoma-se a questão do princípio do melhor interesse da criança e adolescente. No que concerne ao *domestic law*, este aparece expressamente no inciso IV do parágrafo único do Artigo 100 do ECA, é o dispositivo

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei. **(grifos nossos)**

Posto modo, trata-se de um princípio norteador não só na aplicação de medidas de proteção da criança e do adolescente, mas também em todo o processo, medidas e ações afirmativas relativas à proteção e garantia dos direitos desses sujeitos, reafirmado pela internalização desse e outros princípios internacionais na legislação infraconstitucional vigente. Outrossim, tanto é que esses mesmos princípios também deverão ser observados na aplicação de medidas socioeducativas por força do Artigo 113 do ECA.

Portanto, observa-se que os princípios elencados naquele artigo devem se somar a outros universalmente consagrados, como os princípios da privacidade, da intervenção precoce, intervenção mínima, da proporcionalidade e da atualidade, da responsabilidade parental, da prevalência da família, da obrigatoriedade da informação, da oitiva obrigatória e da participação da criança o adolescente na definição da medida a ser aplicada, dentre outros contidos de forma expressa ou implícita na Convenção de 1989 e em outros diplomas legais (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2013, p. 121).

Acerca do princípio da melhor interesse, Digiácomo e Digiácomo (2013, p. 123) comentam

O princípio do “*superior interesse da criança*” é consagrado pela normativa internacional e há muito vem sendo invocado quando da aplicação de medidas de proteção a crianças e adolescente. A descoberta da solução que, *concretamente*, melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente, no entanto, é uma

tarefa complexa, que pressupõe a realização de uma avaliação técnica interprofissional criteriosa e a estrita observância dos parâmetros e, acima de tudo, os princípios instituídos pela Lei nº 8.069/1990 e outras normas jurídicas aplicáveis. Assim sendo, não é mais admissível que a autoridade judiciária se limite a invocar o “princípio do superior interesse da criança” para em seguida aplicar uma medida qualquer, a seu critério exclusivo, sem maiores cautelas (tal qual ocorria sob a égide do revogado “Código de Menores”). É fundamental que a Justiça da Infância e da Juventude atue de forma *responsável*, a partir da análise do caso sob a ótica *interdisciplinar* e em respeito aos *princípios e parâmetros normativos* vigentes, tendo a compreensão que o *objetivo* de sua intervenção não é a “aplicação de medidas”, mas sim, em última análise, a *proteção integral* infanto-juvenil (cf. art. 1º, do ECA), da forma *mais célere e eficaz* possível (cf. arts. 4º, par. único, alínea “b” e 152, par. único, do ECA), para o que será indispensável a colaboração de outros órgãos e profissionais de outras áreas (cf. art. 86, do ECA). É também importante não perder de vista que a intervenção estatal não visa apenas solucionar os interesses “do momento” de uma determinada criança ou adolescente (embora as medidas aplicadas devam corresponder às necessidades atuais), mas sim tem por objetivo encontrar soluções concretas e definitivas, cujos benefícios irão acompanhar o destinatário da medida para toda sua vida.

Desta forma, compreende-se que a aplicação e interpretação da legislação deve ser feita de forma mais favorável à criança e adolescente, isto é, atendendo ao seu melhor e superior interesse ainda que em detrimento de direitos dos pais ou responsáveis, como por exemplo no caso de destituição do poder familiar, de forma a proporcionar a tão denominada proteção integral de modo mais célere e eficaz possível, seja na aplicação de medidas permanentes ou provisórias, sempre procurando manter a criança e adolescente fora de risco.

Entretanto, a problemática que se tem em relação ao melhor interesse da criança e adolescente é a de que apesar de ser fundamental, traz uma ideia muito vaga do que seria o “melhor interesse” vez que não descrevem as situações ou fatos que correspondem àquele, surgindo aí o desafio de identifica-lo e aplica-lo, situação a qual leva ao operador do direito a socorrer às regras de interpretação e das normas de direito positivo. Ou seja, não se trata de uma lacuna da lei, mas sim de um princípio especial, que a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerando fonte subsidiária na aplicação da norma (PEREIRA, 2000, p. 222).

Observa-se, outrossim, que na aplicação do referido princípio, deve-se levar em conta sua base constitucional e legal, podendo implementá-lo em diferentes espaços do sistema jurídico, como por exemplo nas questões de âmbito familiar previstas no Código Civil, como a guarda e a tutela.

Outro cuidado a ser tomado na aplicação desse princípio é quanto ao poder discricionário do juiz, pois pode gerar resultados injustos para as crianças e adolescentes de forma a aumentar os litígios ao invés de diminuí-los e preveni-los além de reverter as decisões judiciais a elementos meramente vagos (PEREIRA, 2000, p. 225).

Em outras palavras, é correto dizer que a aplicação do princípio do melhor interesse não atribui um poder discricionário ilimitado ao magistrado, devendo assim fazê-lo em conjunto com os demais princípios constitucionais como a proporcionalidade com a finalidade de cessar a lesão ou prevenir a ameaçar de lesão aos direitos da criança ou adolescente na medida de sua extensão, garantindo-lhes o bem estar à sua integridade física e moral bem como promovendo sua dignidade pessoal.

Devido à grande dificuldade prática na aplicabilidade desse princípio em razão da sua amplitude, a comunidade jurídica internacional e o Direito brasileiro têm buscado revolucionar no atendimento das questões pertinentes à infância e juventude, pois as crianças e adolescentes são o vértice de um triângulo que tem como base seus pais ou responsáveis e o Estado. Assim, busca-se manter um equilíbrio entre as três partes de forma que os pais exerçam o pátrio poder e responsabilidade sob os filhos menores de 18 anos, tanto por questões legais como culturais, históricas e sociais, devendo o Estado respeitar essa privacidade familiar. Isto é, o Estado só deverá intervir nas situações em que haja violação dos direitos básicos da criança e adolescente ou se encontrem em situação de risco, fazendo assim com que haja uma intervenção mínima, sendo outro princípio norteador integrante da doutrina da proteção integral (PEREIRA, 2000, p. 227).

Tendo em vista que o significado desse princípio continua sendo uma questão controversa na decisão de litígios, ainda mais nas questões de abuso sexual e negligência, Luiz Edson Fachin busca subsídios na doutrina internacional e enumera alguns fatores que necessitam ser considerados na identificação do melhor interesse nos processos de custódia, direitos de visita, adoção e guarda. São alguns deles: o amor e os laços afetivos entre os pais ou o titular da guarda e a criança; os alimentos necessários providos pelos pais ou titular da guarda; o padrão de vida estabelecido; o lar da criança, sua escola e os laços religiosos; a preferência da criança caso ela tenha idade suficiente para expressar claramente sua opinião, dentre outras (FACHIN, 1996, p. 125 *apud* PEREIRA, 2000, p. 227).

Por conseguinte, infere-se que ainda há grandes dificuldades e controvérsias na aplicação do princípio do melhor interesse, assim como a doutrina e a jurisprudência continuam na busca de critérios e parâmetros a serem levados em consideração na resolução de casos judiciais e disputa

de interesses. Entretanto, a efetiva aplicação desse princípio bem como sua posição de norteador para os casos atinentes à matéria da infância e juventude faz-se necessária e presente na prática jurídica. Considera-se, portanto, o melhor interesse como a identificação da opção menos prejudicial ou que cause menos dano à criança ou adolescente e que esteja em consonância com os fundamentos e normas constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário por meio de sua atividade jurisdicional consolidar esse princípio em sua prática diária.

02. O instituto da adoção e o panorama atual sobre a adoção tardia

Precedente à explanação do que seria uma adoção tardia, é necessário compreender-se – ainda que de maneira sintética – o que seria o instituto da adoção. *A priori*, destaca-se que com a evolução doutrinal do conceito de família em virtude das mudanças sociais, o afastamento da ideia do direito patriarcal e a possibilidade de arranjos familiares, bem como a adesão do Brasil à supramencionada doutrina da proteção integral do *international law* internalizada expressamente em nosso ordenamento jurídico, a matéria da adoção que até então era prevista e regulamentada no livro de Direito da Família do Código Civil (CC), passou a ser de atribuição do ECA, conforme dispõe o Artigo 1.618 do CC.

Acerca do instituto da adoção, expõem-se dois conceitos dados pela doutrina, primeiramente, o de Maria Berenice Dias (2009, p. 434) “A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre as pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”. No mesmo sentido, é o entendimento de Maria Helena Diniz (2010, p. 1.147)

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previstos na Lei 8.069/920, arts. 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Destarte, compreende-se que a adoção de um modo geral é um ato jurídico, ou seja, depende de uma sentença judicial bem como é baseada na afetividade, vez que se constrói um laço de filiação e de pertencimento da família independentemente do vínculo consanguíneo e biológico. Insta salientar, que conforme o Artigo 39, §1º do ECA trata-se de medida excepcional e irrevogável, só devendo recorrer-se à adoção uma vez esgotados todos os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, ressaltando-se que não há possibilidade de conceder-se a adoção sem antes decretar-se a perda do poder

familiar. Ademais, todo o processo de habilitação de pretendentes para adoção e acompanhamento é previsto extensamente no ECA, levando a competência dessa matéria às Varas da Infância e Juventude, que contam com a previsão de toda uma estrutura de uma equipe técnica em colaboração com as políticas públicas governamentais (tanto Municipais como Estaduais) a fim de possibilitar a preparação e verificação de terem condições a habilitarem-se junto ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

Acerca das dificuldades enfrentadas na adoção na atualidade, mesmo com a evolução do Direito de Família pautando-se atualmente no princípio da afetividade, ainda há uma ideia dos pretendentes à adoção em priorizar seus direitos ao do adotante. Isto é, ainda que o Direito de Família bem como o ordenamento jurídico não estejam mais voltados apenas para a procriação da entidade familiar, onde fundamentava-se a possibilidade da adoção em função dos direitos dos adotantes que não poderiam ter um filho biológico, permitindo-os que tivessem a continuação da árvore biológica independentemente da criação de vínculos afetivos, e mesmo com uma espécie de tutela aos infantes por meio do mencionado Código de Menores à época, reafirma-se que a criança e adolescente não eram tratados como sujeitos de direitos ou pelo menos não eram priorizados em seus interesses, fato que infelizmente ainda é muito visto socialmente na atualidade, apesar das decisões judiciais e mecanismos de proteção legais bem como governamentais após implementação do ECA irem totalmente de encontro.

Sobre esses desafios da adoção na atualidade, o que se visualiza na prática é que boa parte das adoções realizadas ainda é pautada no desejo da família adotiva. Ou seja, não há preocupação com o direito da criança de ter uma família, mas o que se centraliza é a realização de um projeto pessoal dos adotantes, onde se deseja a experiência de maternidade e paternidade de maneira mais próxima possível a de uma gestação biológica (ALMEIDA e Costa, 2009, p. 84).

Além dessa inversão de prioridades no processo de adoção, conforme supracitado, anteriormente à decretação do poder familiar e decisão de “disponibilizar” a criança e/ou adolescente para adoção, deve-se fazer de tudo para manter àqueles junto à sua família natural ou extensa. Isto é, há uma tentativa de reestruturação familiar, a qual ocorre tanto através da intervenção do Poder Judiciário quanto da assistência social dos Municípios ou qualquer outro tratamento e/ou auxílio necessário e possível para que a criança ou adolescente consiga retornar para sua família de origem. Destarte, percebe-se que à medida dessa tentativa de reestruturação (que infelizmente na maior parte das vezes acaba não sendo bem-sucedida em longo prazo resultando na permanência

da criança e/ou adolescente no acolhimento institucional durante esse processo) se desenrola, a criança suscetível à adoção continua em fase de crescimento, o que gera um problema no sistema de adoção, visto que as crianças adotáveis acabam saindo da faixa-etária de zero a dois anos (considerados recém-nascidos) cuja idade é o que perfaz a maioria da pretensão dos cadastros de pretendentes à adoção, pois a intenção é a de equiparar esta última à uma gestação biológica. Assim, essas crianças que são consideradas “não adotáveis” ou fora do “padrão de adoção”, especialmente após os cinco anos de idade, trazem acepção à chamada adoção tardia.

Comprovando essa realidade entre a diferença de crianças disponíveis à adoção tardia e a preferência etária dos pretendentes a recém-nascidos gerando um desequilíbrio no sistema adotivo, trazem-se em gráficos os dados presentes atualmente no CNA, vejamos:

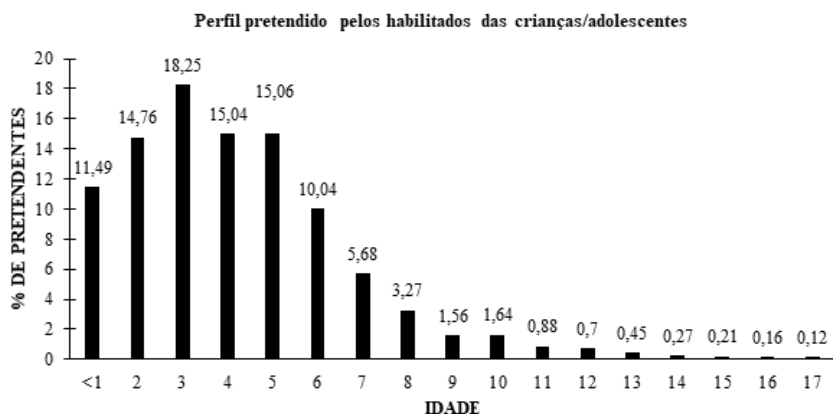


Gráfico.01. Porcentagem de pretendentes no Brasil que aceitam adotar crianças de acordo com a faixa etária. Fonte: Conselho Nacional de Adoção (CNA). 2019

Insta salientar que os pretendentes podem figurar em mais de uma faixa etária, isso porque podem escolher, por exemplo, adotar crianças de dois até quatro anos, sendo que quanto maior é a diferença entre a idade mínima e máxima diz-se que maior é a amplitude do perfil pretendido para adoção. Graficamente é possível visualizar que, tendo por base o critério exclusivamente etário, o perfil mais buscado é o de crianças de até seis anos de idade, passados dos seis anos há uma drástica queda de 4,36% dos habilitados interessados. A situação é agravada na adolescência, onde

dos doze até os dezessete anos de idade a porcentagem de pretendentes disponíveis é baixa e decrescente.

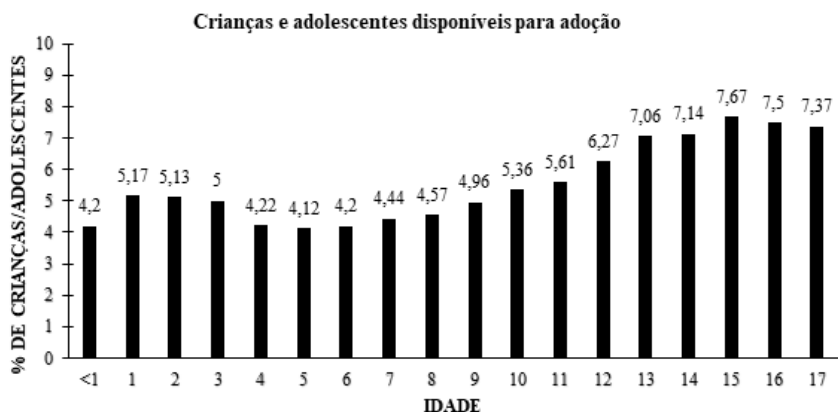


Gráfico. 02. Porcentagem de crianças e adolescentes disponíveis para adoção no Brasil de acordo com a faixa etária. Fonte: Conselho Nacional de Adoção (CNA). 2019.

A análise dos dados da Gráfico. 02 evidenciam que a quantidade de adolescentes disponíveis para adoção é maior que a de crianças. Partindo da apreciação comparativa entre os gráficos apresentados, vê-se que a porcentagem de adolescentes disponíveis para adoção é inversamente proporcional a de pretendentes que desejam adotar indivíduos a partir dos doze anos. Essa não preferência pela adoção tardia é até certo ponto compreensível, tendo em vista o grande desejo dos habilitados para adoção de participarem de todo o processo de desenvolvimento da criança. Entretanto, tal predileção gera um grave problema de cunho social, pois esses menores quando atingem a maioridade não podem ser mantidos nos abrigos, sendo, por isso, conduzidos a estruturar suas vidas sozinhos, sem o apoio emocional e financeiro de uma família, aumentando, por conseguinte, a probabilidade de insucesso.

Observa-se, ainda, que a maior parte da população ainda demonstra certos preconceitos quanto à adoção tardia, ainda mais tendo em vista os chamados “mitos da adoção”, como exemplificado por Ebrahin (2001, p. 73, *apud* ALMEIDA e COSTA, 2009, p. 85) o medo de adotar crianças mais velhas pela dificuldade na educação; receio de adotar crianças institucionalizadas pelos maus hábitos que trariam e ocultação da origem adotiva dessa criança, pois há crença de que as crianças que não sabem

que são adotivas possuem menos problema – ainda que reste comprovado que a descoberta posterior e repentina desse fato na grande maioria das vezes resulte em uma descompensação psicológica – fazendo com que haja uma orientação fática aos pretendentes à adoção desmistificando essas questões e relatando que os adotados tardiamente na realidade demonstram grande força de superação e adaptação quando há aceitação de sua história (ALMEIDA e COSTA, 2009, p. 85).

Asseverando a necessidade de incentivo na questão das adoções tardias, destaca-se a pesquisa inovadora realizada por Surama Gusmão Ebrahim que comparou algumas questões envolvendo a adoção entre grupos de pais que realizaram adoções tardias com os que realizaram a adoção convencional. As discussões levantadas pela pesquisa concluíram que o preparo e a orientação por profissionais habilitados podem ser decisivos nas formulações dos pedidos dos adotantes, sendo inclusive capazes de alterar o quadro de um desejo generalizado por bebês. Pois, de acordo com os dados coletados em sua pesquisa, 48.1% dos adotantes convencionais não demonstraram preferências quanto à idade da criança a ser adotada e 22;8% não estabeleceram quaisquer pré-requisitos em relação às características da mesma. Ademais, 32% acreditavam não haver um limite de idade impeditivo para as adoções. Disto se depreende que, provavelmente, não houve um trabalho em favor das adoções tardias que procurasse mobilizar os adotantes convencionais em direção a esta forma de adoção, o que reforça sua necessidade (EBRAHIM, 2001, p. 34).

Constatou-se, outrossim, que o acompanhamento realizado por profissionais é capaz de desmistificar os preconceitos atinentes à adoção tardia, especialmente quanto àquelas que foram acolhidas institucionalmente, restando comprovado na pesquisa realizada que dos adotantes convencionais pesquisados, 37.7% tinham receio de acolher uma criança que viveu em instituição, e destes, 45% sentiam-se despreparados para lidar com este tipo de situação e efetivar uma adoção. Ou seja, restou consignado que 70.4% dos adotados haviam permanecido em instituições e 53.8% haviam convivido com outras famílias que não a biológica, antes de serem adotadas pelos pais atuais, sendo esta vivência descrita como negativa por 35.8% dos adotantes. Isto é, há necessidade de alteração e desmistificação desses pré-conceitos no intuito de promover um número maior de adoções tardias, frisando que pelos dados coletados, 53.3% dos adotantes tardios afirmaram que o período de adaptação deu-se dentro de dias ou semanas, sendo possível pressupor que as peculiaridades próprias das adoções efetivadas com crianças maiores de dois anos não impedem que as relações familiares se processem adequadamente e se firmem com bases sólidas (EBRAHIM, 2001, p. 35).

Ainda que os resultados da adoção tardia não tenham se demonstrado tão positivos quanto os encontrados nas adoções de bebês, de forma alguma os “mitos da adoção” trouxeram obstáculos intransponíveis para o sucesso das adoções, asseverando que o suporte em torno dos adotantes é fundamental tanto antes, durante, como depois do processo adotivo, necessitando tanto do auxílio de pessoas especializadas do Poder Judiciário como daquelas que os cercam no convívio diário (EBRAHIM, 2001, p. 35).

Portanto, através das variáveis demonstradas nos gráficos 01 e 02 e dos dados oriundos da pesquisa de Surama Gusmão Ebrahim (2001), fica evidente a necessidade de dar uma maior visibilidade para a questão da adoção tardia dentro e fora do procedimento de habilitação para adoção visando, com isso, atender ao princípio do melhor interesse relativo às crianças e adolescentes que se encontram nessa situação, ainda mais quando constatado que uma porcentagem considerável de adotantes convencionais na realidade não demonstrou preferências quanto à idade da criança a ser adotada ou mesmo estabeleceu um limite de idade impeditivo para tanto, partindo para a adoção convencional pela falta de orientação e conhecimento da adoção tardia.

Quanto à orientação dos postulantes à adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao regular o procedimento de habilitação de pretendentes à adoção (Artigo 197-A a 197-F), estabelece como obrigatória a participação dos postulantes em programas de preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos, conforme prevê no Artigo 197-C, §1º. Tal norma evidencia o reconhecimento, por parte do legislador, da existência entre os postulantes à adoção de um “perfil ideal” de criança e veicula como essencial o estímulo à adoção de crianças e adolescentes não enquadrados nos padrões dos pretendentes visando, com isso, derrubar os chamados e já mencionados “mitos da adoção” e promover o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao aumentar a possibilidade de adoção e propiciando-lhes, dessa forma, o convívio familiar. Contudo, o rol de estímulos elencados no artigo anteriormente referido não pode ser tido como taxativo, pois, se assim fosse, o estímulo à adoção tardia ficaria excluído e a função daqueles estaria distante tanto da atual realidade das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, quanto de um ponto fundamental na promoção do princípio do melhor interesse da criança.

Dos dados numéricos expostos, verifica-se a necessidade de que os estímulos à adoção tardia não se limitem a etapa precedente ao deferimento da habilitação junto ao Cadastro Nacional de Adoção. Essa constatação

decorre também de uma questão temporal em relação ao procedimento de habilitação de pretendentes à adoção positivada no Artigo 197-F do ECA, segundo o qual o prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção é de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por igual período, mediante decisão fundamentada de autoridade competente, explica-se: em um lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias ou de 240 (duzentos e quarenta) dias no caso de prorrogação é um prazo curto para derrubar da mente dos postulantes as barreiras culturalmente construídas que os impedem de ampliar o perfil da criança ou adolescente desejados, em especial, em relação as questões atinentes à adoção tardia.

Importante frisar que não se defende aqui o aumento do prazo para a conclusão do procedimento de habilitação à adoção, mas sim que os estímulos a adoção tardia e os mencionados no artigo 197-C, §1º do ECA sejam feitos mesmo após o deferimento da habilitação e, neste ponto, atuam os chamados mecanismos de busca alternativa expostos no tópico subsequente.

Desta forma, mesmo com a criação do CNA desde 2008, onde houve uma reformulação do acompanhamento dos processos judiciais que proporcionou uma celeridade ao procedimento de adoção, além de possibilitar o cruzamento de dados no sistema a nível nacional a fim de encontrar perfis de crianças e pretendentes que vivem em estados e regiões diferentes, infelizmente ainda há uma ideia equivocada do que seria a adoção propriamente dita bem como a adoção tardia em todos os seus aspectos não é colocada de maneira sensível aos pretendentes. Ou seja, apesar das variáveis expostas nos gráficos acima demonstrarem que grande parte das crianças e adolescentes disponíveis para adoção não são recém-nascidos, aqueles também possuem o direito de ter uma família que os protejam, zelem pelos seus cuidados e tenham por eles afetividade. Assim, tendo em vista muitas vezes a influência desses “mitos da adoção” ou mesmo o desconhecimento por parte dos adotantes de todo o problema jurídico e social da adoção tardia, é que se dá margem aos meios alternativos de incentivo à adoção como grupos de busca ativa, projetos, programas e aplicativos desenvolvidos pelos Tribunais de Justiça com a finalidade de proporcionar ou até mesmo divulgar e educar acerca da adoção tardia, dando uma maior visibilidade a essa questão, conforme será elucidado em seguida, bem como atendendo ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

03. Mecanismos de busca alternativa

A priori, destaca-se que quando indivíduos decidem ingressar com um processo de habilitação para adoção é obrigatório que indiquem o

perfil da criança ou adolescente desejada, ou seja, podem previamente optar pela idade, cor da pele, sexo e condições de saúde, o que não ocorre na concepção biológica de um filho. Isto é, sob certo ponto, criticável na medida em que esse requerimento assemelha-se a uma espécie de encomenda de um produto, por outro lado, é compreensível e necessária ante a indispensabilidade de adaptação e identificação entre os candidatos a adotantes e adotados, até mesmo para que o estágio de convivência não seja um período traumático para ambas as partes. Obviamente, esse tipo de acontecimento negativo é em grande parte evitado devido a especificação das características da criança ou adolescente.

No processo de escolha do referido perfil incidem motivos diversos, como, por exemplo, a religião, a cultura, sonhos, fatores sociais, influência familiar, conhecimento de experiências de outros adotantes, enfim, há uma gama de motivos que atuam simultaneamente na decisão sobre o perfil pretendido. Entretanto, como já demonstrado no gráfico 01, a motivação converge de uma maneira geral para o perfil de crianças de tenra idade e, conseqüentemente, não abrange os componentes do chamado grupo de adoção necessária. Este termo, “adoção necessária”, é mais abrangente e engloba a adoção tardia, a adoção inter-racial e a adoção de doentes ou com necessidades específicas (FERREIRA, 2015, p. 274-278), e foi objetivando aumentar o interesse e o índice dessas adoções que surgiram, nos últimos tempos, projetos para a divulgação da situação desses adolescentes e crianças, entre eles o aplicativo A.DOT.

Primeiramente, explicita-se que esses projetos são intitulados de mecanismos de busca alternativa por que não seguem a dinâmica de busca utilizada pelo CNA, o qual se utiliza de um sistema de cruzamento de dados já mencionado anteriormente. Diferentemente, nos mecanismos de busca alternativa, as crianças e adolescentes são expostos através de vídeos e/ou fotos, de modo que os pretendentes podem manifestar o interesse em adotar qualquer um deles, ou seja, abre-se a possibilidade de adotar uma criança ou adolescente específicos, o que não ocorre na dinâmica do CNA. Essa possibilidade de escolha pelos pretendentes é uma exceção à regra de buscas com o objetivo de atender ao princípio melhor interesse da criança e do adolescente. Pode-se dizer também que os mecanismos de busca alternativa são mecanismos de busca ativa, no sentido de que existe uma conjugação de esforços e participação - muito maior do que o utilizado pelo CNA - para incluir a criança e o adolescente no seio de uma família, pois, a permanência em instituições de acolhimento é de caráter temporário, não sendo razoável que alguém lá viva até a maioridade.

Frise-se ainda a delicada situação dos grupos de irmãos disponíveis para adoção, haja vista que, exceto os gêmeos, os irmãos possuem idades

diferentes e muitas vezes à época em que são encaminhados para adoção já estão unidos por fortes laços de afeto, principalmente quando apresentam idade mais elevada, o que os permite compreender com maior clareza o sentimento existente entre eles. Dada essa situação e considerando a grande resistência a adoção tardia, é certo concluir que se a adoção de uma única criança ou adolescente é cercada de dificuldades, estas são dobradas quando o grupo de irmãos compõe-se de adolescentes ou de crianças maiores. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 28, §4º admite como medida excepcional a possibilidade de separação de grupos de irmãos, vejamos a redação da norma:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

A implementação dos mecanismos de busca alternativa também tem por escopo a manutenção dos vínculos fraternais entre irmãos, conforme o artigo acima mencionado. Através do estímulo à adoção tardia de grupos de irmãos, unem-se dois pontos essenciais para a promoção do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente: o estímulo a adoção tardia e o incentivo à adoção de irmãos, pois ter o afeto de uma família é tão crucial quanto ter o afeto dos irmãos.

Traçado este panorama sobre mecanismos de busca alternativa e antes de adentrar no estudo do aplicativo A.DOT, cumpre-nos destacar dois mecanismos/projetos de busca alternativa implantados em outros estados da federação e que serviram de inspiração para o desenvolvimento do referido aplicativo, destaca-se que os projetos a seguir apresentados não são os únicos atualmente existentes e em prática no país.

No Estado de São Paulo, foi implantado em outubro de 2017 o projeto “Adote um boa noite” voltado ao incentivo da adoção tardia. O referido projeto conta com site próprio para a divulgação de fotos e vídeos das crianças e adolescentes, dando-lhes, com isso, maior visibilidade, bem como contém informações esclarecedoras sobre os processos de habilitação para adoção e de adoção. Cumpre destacar que as crianças e adolescentes que tem sua imagem divulgada no site passam, antes disso, por atendimento especializado que expõe a sistemática do projeto. Feito isso, e tendo a autorização do juiz competente, são gravados vídeos das crianças e adolescentes, nos quais contam um pouco de si e explicitam

seus anseios quanto a possibilidade de serem reinseridos em um ambiente familiar e terem uma atenção individualizada. O caráter inovador do projeto rendeu em 2018 ao Tribunal de Justiça de São Paulo a conquista do Prêmio do Instituto Innovare. De fato, a implementação do projeto ora exposto representou um avanço no âmbito da adoção, ampliando o leque da probabilidade de adoção tardia e de pessoas com deficiência.

Também em 2017 o Tribunal de Justiça do Espírito Santo lançou a campanha “Esperando por você” com o objetivo de incentivar a adoção tardia por meio da divulgação de vídeos e histórias de crianças e adolescentes que vivem em abrigos. Essa campanha é muito similar ao projeto “Adote um boa noite”, sendo que ambos possuem páginas na internet vinculadas ao Tribunal de Justiça de cada estado. Outra semelhança é o fato de que antes da divulgação da imagem das crianças e adolescentes, elas passam por atendimentos com profissionais especializados.

O sucesso dessas iniciativas deve-se não só a ampla divulgação na internet, há outro fator decisivo para a obtenção de resultados frutíferos dos mecanismos/projeto de busca alternativa: o *design gráfico*. Sobre o tema e como ponto inicial é válido destacar que, segundo Leonhardt (2018, p. 31)

Os designers gráficos estão envolvidos em um processo onde tem o dever de comunicar mensagens de outras pessoas para um público específico. Isso pode ter o propósito de fornecer informações gerais ou de persuadir um público-alvo acerca de determinado assunto ou problema, visando sua solução.

O público alvo nos mecanismos de busca alternativa não são apenas os habilitados para a adoção, mas sim a sociedade em geral, pois, o contato com o problema social da resistência à adoção tardia pode conduzir pessoas não habilitadas vislumbrarem a possibilidade de adotar. O design gráfico atua como fator fundamental no sucesso desses mecanismos na medida em que através de suas técnicas elabora materiais de divulgação capazes de tocar o emocional das pessoas, bem como fazê-las refletir sobre os impactos que a falta de uma família pode gerar para a vida da criança e do adolescente.

Um das técnicas visuais usadas está relacionada a escolhas das cores, uma vez que cada cor está relacionada a certos sentimentos e emoções e atuam na esfera psicológica do ser humano, sendo as cores azul e verde fortemente relacionadas ao que considerado bom (LEONHARDT, 2018, p.63). Além desse enfoque mais voltado para o subjetivismo, o design atua na construção de vídeos que, ao mesmo tempo, sejam capazes de despertar o interesse em adotar, colocar em evidência a ausência de interessados na adoção tardia e contar de forma sucinta os sonhos da criança ou

adolescente do vídeo, demonstrando que muitos sonhos considerados simples para a maioria da sociedade são de difícil realização quando não se está inserido em uma família. Aliada a produção e desenvolvimento dos projetos é fundamental que seja feita a divulgação por meio das grandes mídias, como rádio e televisão, pois conforme Almeida e Costa (2009, p. 87)

É preciso sensibilizar a comunidade de que a adoção não é um desafio dos Poderes Públicos, mas um compromisso de uma sociedade que retrata o valor e a importância que cada cidadão dá ao seu semelhante. Não basta esperar as soluções, a situação é emergencial e exige a participação de todos.

De forma geral, pode-se afirmar que o design gráfico é ferramenta necessária para a canalização de sentimentos e preocupações sociais em relação a adoção tardia no âmbito dos mecanismos de busca alternativa. Não basta uma grande ideia, é preciso que ela se apoie em técnicas eficazes para a consecução do(s) objetivo(s) almejado(s), no caso, fazer a divulgação visando à adoção de crianças e adolescentes concomitantemente com a conscientização quanto à necessidade da adoção tardia frente ao melhor interesse da criança e do adolescente. Desta forma, assevera-se que, as técnicas gráficas utilizadas não devem seguir o mesmo condão das técnicas de marketing, pois não se está tratando de produtos para venda e sim de pessoas para adoção e por isso há um forte conteúdo humanitário. Isto é, as técnicas de design utilizadas são possíveis desde que sejam aplicadas na finalidade de dar mais atratividade à adoção tardia, cumprindo igualmente com o aludido princípio do melhor interesse.

Ainda dentro do tema da adoção tardia e dos meios alternativos de busca, é pertinente fazer uma analogia quanto à balança da justiça cujo símbolo é o mais célebre ao espelhar a justiça, representando o equilíbrio, onde este, no caso em questão, alude ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que de um lado estão postos os dados do Gráfico 02 referentes às crianças e adolescentes disponíveis para adoção; enquanto do outro, os dados do Gráfico 01 concernentes aos habilitados para adoção, os quais premeditam uma determinada faixa etária. Quando esses dados são pesados não há um equilíbrio, pois não há equivalência entre as crianças e adolescentes disponíveis e a faixa etária que é de interesse dos pretendentes. Assim, os mecanismos de busca alternativa, em especial o aplicativo A.DOT, visam trazer o equilíbrio de tais variáveis. Frisa-se, contudo, que tal equilíbrio não significa a realização em sua plenitude do princípio melhor interesse da criança no campo da adoção, uma vez que seu campo de incidência é extremamente amplo.

04. Implementação do aplicativo A.DOT

Dando continuidade à expansão de projetos de incentivo a adoção tardia e mecanismos de busca alternativa, o Tribunal de Justiça do Paraná lançou em 2018 o aplicativo para celular intitulado “A.DOT”, cujo desenvolvimento e implementação contou com o apoio e suporte da Corregedoria-Geral da Justiça do Paraná, Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e da Juventude (CONSIJ-PR), do Grupo de Apoio Adoção Consciente (GAACO) e da Agência Blablu. Esta última foi a responsável pelo desenvolvimento do aplicativo em si e, consequentemente, dos elementos gráficos nele presentes.

Com fulcro no Artigo 227 da Constituição Federal que assevera o dever do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem a proteção de seus direitos fundamentais bem como protegê-los da violência, negligência e discriminação, o Poder Judiciário do Paraná implementou um novo mecanismo de busca alternativa para adoção. Mecanismo um tanto quanto inovador quando comparado aos projetos “Adote um boa noite” e “Esperando por você”.

Reconhecendo a convivência familiar como um direito fundamental da criança e do adolescente e considerando o baixo interesse dos habilitados para a adoção em crianças com mais de 7 (sete) anos de idade - conforme demonstrado no gráfico anterior - a criação do aplicativo A.DOT objetiva dar maior visibilidade e aumentar a chances de adoção dessas crianças e adolescentes e assim diminuir a espera para ser adotado e para adotar. Ao dar-lhes visibilidade, o aplicativo busca desconstruir os estereótipos dos habilitados sobre as crianças e adolescentes que vivem há certo tempo em abrigos e/ou que são portadores de algum tipo de deficiência física ou mental. A partir disso, o aplicativo também visa incentivar a ampliação do perfil para adoção.

No que tange a dinâmica de funcionamento do A.DOT, o ofício-circular nº 135/2018 elaborado pela Corregedoria de Justiça do Poder Judiciário do Paraná e pelo Conselho de Supervisão dos Juízos da Infância e Juventude do Paraná - o acesso ao conteúdo do referido ofício para a realização do presente estudo deu-se por autorização da Vara da Infância e Juventude de Londrina/PR e com comunicação à Corregedoria de Justiça do Estado -, esclarece que o aplicativo destina-se a crianças com idade a partir dos sete anos, adolescentes e crianças portadores de algum tipo de deficiência e que estejam disponíveis para adoção. A inclusão destes no aplicativo é precedida de indicação e autorização do magistrado competente com posterior comunicação aos lares e famílias acolhedoras.

A partir da comunicação, a instituição de acolhimento inicia um trabalho informativo e preparativo com as crianças e adolescentes indicadas para que fiquem cientes da dinâmica e do objetivo do aplicativo, sendo elaborado também um perfil da criança/adolescente para ser exposto no A.DOT. Além do perfil, o aplicativo conta com a ferramenta de vídeo, cuja gravação conta com a ajuda de voluntários previamente selecionados. Recomenda-se que a gravação do vídeo seja feita em local familiar para a criança/adolescente se sinta à vontade para gravar e responder algumas perguntas pré-estabelecidas pelo Poder Judiciário, sendo vedada a exposição do sobrenome e gravação em locais que permitam a identificação da instituição de acolhimento por motivos de sigilo. Produzido o vídeo e após ser autorizado pelo juiz, a equipe de gestão do aplicativo o inclui na plataforma digital.

Os voluntários que auxiliam na produção dos vídeos passam por um processo de seleção e capacitação ofertado pelo Instituto RPC (Rede Paranaense de Comunicação) em parceria com o GAACO, durante o processo são passadas orientações que compreendem tanto a forma de produção do vídeo quanto informações a respeito do comportamento que deve ser adotado diante das crianças e adolescentes, como, por exemplo, não lhes fazer nenhum tipo de promessa. Após serem capacitados, os voluntários assinam um termo de adesão e compromisso pelo qual comprometem-se a seguir as orientações dadas, gravar os vídeos utilizando-se dos questionamentos já estabelecidos pelo Tribunal de Justiça do Paraná e, sobretudo, não armazenar para si nenhuma mídia das crianças e adolescentes participantes. Tais orientações são indispensáveis devido ao alto sigilo dos processos e a necessidade de se evitar problemas durante a produção do material de mídia, pois, a ocorrência de algum tipo de conflito entre o voluntário e a criança e/ou adolescente pode desestimular a participação destes últimos no projeto.

Do outro lado do aplicativo estão os pretendentes habilitados no CNA, pois, ao contrário dos projetos “Adote um boa-noite” e “Esperando por você” o acesso ao aplicativo A.DOT é mais restrito, sendo permitido somente aos habilitados. Estes, por meio do próprio aplicativo, podem acessar os vídeos e manifestar seu interesse em adotar as crianças e adolescentes. Assim, manifestado o interesse, a já mencionada equipe de gestão é responsável por cruzar os dados dos envolvidos e comunicar ao juízo competente bem como aos núcleos de apoio especializados para que seja dado início ao processo de aproximação, deste ponto em diante o processo segue como todos os demais.

Do exposto sobre a dinâmica do aplicativo, vê-se que seu funcionamento não é algo complexo e se assim fosse não cumpriria com a

finalidade para a qual foi criado: dar maior visibilidade a crianças maiores e adolescentes objetivando aumentar a possibilidade de adoção tardia. A implementação de um aplicativo para adoção como meio alternativo de busca contribui indubitavelmente para a efetivação o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que assim prevê o Estatuto de Criança e do Adolescente:

Artigo 19. “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

Ou seja, a convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento moral, intelectual e social da criança e do adolescente e, portanto, influi diretamente no que é considerado concretamente, no plano fático, como o melhor interesse. Embora seja um princípio de conteúdo amplo, não é razoável discordar que um dos corolários que o integram é o direito da convivência familiar. Cumpre destacar, que no aplicativo podem perfeitamente ser incluídos conjuntamente irmãos, haja vista que este só serão separados para fins de adoção se o juiz competente entender que isso atende aos melhor interesse de ambos com fundamentação no Artigo 28, §4º do ECA, conforme já explicitado anteriormente.

Cabe destacar que não basta incentivar a adoção tardia e sensibilizar a sociedade sobre o problema social que surge em torno da não adoção de crianças e adolescentes, é preciso, sobretudo, que haja uma atuação eficaz do grupos de adoção consciente, como, por exemplo, o já mencionado GAACO que atua no Estado do Paraná. Isso é relevante na medida em que a adoção tardia exige uma maior maleabilidade dos adotantes e a consciência de que o ideal de “filho perfeito” pode não ser correspondido, de modo que adotar de forma consciente implica em uma redução da possibilidade de devolução dessa criança e ou adolescente após um período de convivência familiar, tendo já transitado em julgado a sentença que concedeu a adoção. Na hipótese de devolução, o aplicativo como meio de busca alternativa e de incentivo a adoção tardia não cumpriu sua finalidade no caso da criança e/ou adolescente devolvida.

Disso, infere-se que a implementação isolada do aplicativo de adoção não é suficiente para solucionar a questão dos baixos índices de adoção tardia, é necessário que o Estado atue por meio de outros projetos e programas que atinjam não só os habilitados para adoção, mas sim o maior número de pessoas possíveis, haja vista ser preciso uma verdadeira mudança cultural. A superação de um paradigma só se perfaz como estabelecimento de outro, no caso, este outro possui um viés de aceitação,

amplitude afetiva e maleabilidade por parte dos candidatos a adoção e adotados.

CONCLUSÃO

Após a adesão à doutrina da proteção integral pelo Brasil onde a criança e adolescente foram colocados no centro da tutela jurisdicional atinente à matéria de processos relativos à infância e juventude, houve uma maior preocupação quanto aos direitos e bem-estar daqueles. A exemplo disso, é possível identificar uma série de princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais ou mesmo internacionais replicados no ECA como o discutido princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Quanto ao princípio do melhor interesse, visualiza-se que apesar de normatizado e muito utilizado na prática jurídica, ainda possui dificuldades na sua aplicabilidade em razão da sua amplitude. Entretanto, mesmo havendo uma dificuldade de interpretação, é claro que o mesmo deve ser usado pelos magistrados bem como servir de princípio norteador de todas as medidas judiciais (seja de proteção ou socioeducativa) conforme disposição do próprio ECA, ainda mais relativamente à questão da colocação em família substituta, ou seja, na adoção.

A adoção, conforme se pôde verificar, também é outra questão que acaba por gerar polêmica em razão da adoção tardia. Pois, analisou-se que apesar de existirem inúmeras crianças e adolescente a serem adotados tendo por base os dados importados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), àquelas não perfazem o “perfil padrão” que a maioria dos pretendentes à adoção buscam.

É dizer que por inúmeras questões, mas principalmente pela falta de informação e sensibilização em relação à questão fática da faixa etária predominante nos acolhimentos institucionais – principalmente em decorrência da própria lei, que estabelece a adoção como medida excepcional, fazendo com que haja tentativas de reestruturação familiar enquanto o relógio biológico dos infantes não cessa ou paralisa durante esse período – a preferência dos pretendentes à adoção acaba sendo por recém-nascidos fazendo com que ocorra um desequilíbrio no sistema de adoção, ainda longe de ser resolvido, descumprindo com o princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Porquanto, essas crianças consideradas “não adotáveis” possuem as mesmas garantias, direito e dignidade que as demais, igualmente merecendo a chance de serem adotadas e virem a integrar uma família, ainda que diversa da sua família natural, já passando por sofrimentos suficientes tendo em vista que esta

última não exerceu seus devidos cuidados nem mesmo reestruturou-se e garantiu sua total proteção e afetividade.

Desta forma, com o intuito de resolver esse estigma no sistema de adoção e atendendo ao princípio retromencionado, é que se passou a buscar meios alternativos para o incentivo à adoção tardia, como por meio de grupos de busca ativa, projetos pela rede de proteção e até mesmo aplicativos lançados pelos Tribunais de Justiça como o A.DOT, sendo este responsável por dar maior visibilidade às crianças maiores e adolescentes portadores ou não de deficiência que anseiam por um lar.

O A.DOT como meio de busca alternativa revela-se altamente útil ante o fato de que as pessoas atualmente despendem muito tempo no uso de celulares e mídias sociais, de forma que o aplicativo para adoção é uma espécie de aplicativo de relacionamento regulado pelo Estado como objetivo de dar um lar a alguém que muito espera e um(a) filho(a) a um pretendente. Enfim, possui uma dupla finalidade social ao atender os interesses de ambos os polos e também do Estado.

No caso do A.DOT, a efetivação do princípio do melhor interesse da criança dá-se através da cooperação entre habilitados, crianças/adolescentes e Estado. Isto é, uns desejam adotar, os outros, querem ser adotados e o Estado incumbe-se de implementar um mecanismo que potencialize essa possibilidade e concomitantemente contribua para o incentivo da adoção tardia.

Ou seja, a intenção da inclusão desses meios alternativos é de equilibrar as variáveis existentes entre o número de crianças disponíveis para adoção e pretendentes habilitados, de uma forma lúdica, eis que ante o todo exposto, observa-se que há uma ausência da orientação e conscientização quanto aos dados referentes ao número de crianças acolhidas e suas respectivas faixas etárias, ou mesmo quando há uma orientação, esta não se resulta eficiente. Destaca-se, ainda, que conforme verificado pela pesquisa feita por Surama Gusmão Ebrahim, a preferência por recém-nascidos a crianças e adolescentes já numa idade mais avançada advém desde os receios atinentes aos mitos da adoção, até o total desconhecimento da realidade fática nos acolhimentos institucionais, eis que a imposição de uma faixa etária acabou por revelar não ser um fator limitador aos pretendentes à adoção.

Isto é, tais meios de busca alternativos, em especial através de plataformas digitais e aplicativos, são uma forma democrática e acessível de expor tal realidade aos adotantes e cumprir com o princípio do melhor interesse da criança e adolescente uma vez que se possibilita que as crianças e/ou adolescentes considerados “não adotáveis” tenham uma segunda

chance de adoção, através da exposição de sua trajetória e esperança de que haja uma sensibilização daqueles que outrora só desejavam recém-nascidos. Ademais, o acesso dos pretendentes habilitados para adoção ao aplicativo A.DOT permite a continuidade daquilo que é preconizado pelo Artigo 197-C, §1º, ECA na etapa precedente ao deferimento da habilitação junto ao CNA, ou seja, a estimulação da adoção de crianças e adolescentes não enquadrados no seletivo rol do “perfil padrão”. Tal continuidade aliada a natural facilidade de acesso do aplicativo e a forma de exposição da realidade das crianças e adolescentes potencializam a possibilidade de queda dos chamados mitos da adoção e, conseqüentemente, influem positivamente na diminuição da discrepância entre as variáveis referentes as crianças e adolescentes disponíveis para adoção e os habilitados que premeditam adotar considerando determinada faixa etária.

Ainda não há dados publicamente disponíveis sobre quantas crianças e adolescentes foram adotados em decorrência do uso do aplicativo, haja vista que os processos que tramitam perante as varas de infância e juventude são protegidos pelo segredo de justiça. No entanto, a ausência de dados numéricos não é um óbice para a seguinte e última afirmação: em uma sociedade na qual vigora um perfil de adoção restritivo, os mecanismos de buscas alternativas são imprescindíveis para derrubar preconceitos em relação à adoção tardia e assim aumentar a número de adoções de crianças maiores e adolescentes de forma a cumprir com o aludido princípio do melhor interesse.

REFERÊNCIAS

- A.DOT. Disponível em: <<https://adot.org.br/>> Acesso em: 13 abr 2019.
- ADOTE UM “BOA NOITE!”. *Instituto Innovare*. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/pratica/adote-um-boia-noite>>. Acesso em: 13 abr 2019
- ALMEIDA, M. J. A; COSTA, N. R. do A. Desafios da adoção na atualidade. *Investigação*, v. 9, n. 1, p. 81-90, jan./abr. 2009.
- BRASIL. Congresso. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.
- BRASIL. Congresso. *Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697impressao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.
- BRASIL. Congresso. *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/L8069.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Congresso. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso em: 04 abr 2019

CAMARGO, M. L.. *Adoção tardia: representações sociais de famílias adotivas e postulantes à adoção (mitos, medos e expectativas)*. 2005, p. 268. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Assis/SP, 2005. Disponível em:<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/97679/camargo_ml_me_assis.pdf;jsessionid=8E8B88B6B9882E613E2B418D58955F5E?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2019.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A. *Estatuto da criança e do adolescente: anotado e interpretado*. Curitiba: SEDS, 2013.

DINIZ, M. H. *Código civil comentado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EBRAHIM, S. G. Adoção tardia: uma visão comparativa. *Revista Estudos de Psicologia Puc-Campinas*, Campinas, v. 18, n. 2, mai/ago. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2001000200003&lang=pt>. Acesso em: 05 set 2019

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/>> Acesso em: 12 abr 2019

FERREIRA, F. R. F. *Adoção em Movimento: Grupos de Apoio, famílias adotivas e campo (i)legal*. 2015, p. 377. Tese de doutorado, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas/SP:[s.n]. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/281207/1/Ferreira_FlavioRodrigoFreire_D.pdf>. Acesso em: 22 abr 2019.

HOLANDA, I. P.. A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051>. Acesso em: 08 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNICEF. *Declaração universal dos direitos das crianças*. 1959. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

LEONHARDT, M. C. B. *Design e Adoção Tardia*. 2018, p. 115. Monografia. Curso de Design, da Universidade do Vale do Taquari –

UNIVATES. Lajeado/RS. Disponível em: < <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2419/1/2018MaiaraCristinaBauerLeonhardt.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

PARANÁ. Corregedoria Geral de Justiça. Ofício-circular nº 135/2018 -A.DOT. Paraná, 2018.

PEREIRA, T. da S. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO, 1999, Belo Horizonte. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 215-234. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=201>. Acesso em: 09 abr. 2019.

RIGHTS-BASED APPROACHES TO DEVELOPMENT: CONCEPTS, FOCUSES, AND LIMITATIONS

João Paulo Aguiar Moreira¹

ABSTRACT

The emergence of rights-based approaches to development in the last few decades have been a contended and complex process. The endorsement of ‘rights-based development’ by several major international organizations since the late 1990s has highlighted the importance of human rights rhetoric in international development and repositioned the development endeavor within greater accountability and participation lenses. In this sense, considering the ongoing significance of the topic, this paper aims to explore rights-based development’s grounding concepts and focuses, while addressing some of its limitations, usually expressed in terms of its aspirational nature and the emphasis given to the role of states in bringing about development. In order to do so, a literature review will be employed, seeking to identify and evaluate the state of the art on the topic. By laying the foundations for a sophisticated understanding of rights-based development, this paper expects to foster further discussions on the role of rights in development.

Keywords: international development; rights-based development; human rights.

RESUMO

A emergência de abordagens de promoção de desenvolvimento baseadas em direitos nas últimas décadas têm sido um processo contencioso e complexo. O endosso dado por diversas organizações internacionais proeminentes ao ‘desenvolvimento baseado em direitos’ desde o final dos anos 1990 enfatizou a importância da retórica de direitos humanos no ramo do desenvolvimento internacional e reposicionou esforços nessa direção sob uma ótica de maior responsabilização e participação. Nesse sentido, considerando a atualidade e importância do tema, este trabalho busca explorar os conceitos e focos fundadores do desenvolvimento baseado em direitos, bem como seus limites, os quais são geralmente expressos

¹ Mestrando do programa ‘Master in International Development’, La Trobe University (AUS). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

em termos de sua natureza aspiracional e na ênfase dada ao papel dos Estados na promoção de desenvolvimento. Para tanto, uma revisão de literatura será empregada, buscando identificar e avaliar o estado da arte em torno do tema. Ao lançar as bases para um entendimento sofisticado do desenvolvimento baseado em direitos, este trabalho espera incentivar novas discussões a respeito do papel dos direitos no desenvolvimento.

Palavras-chave: desenvolvimento internacional; desenvolvimento baseado em direitos; direitos humanos.

INTRODUCTION

The emergence of rights-based approaches to development – or simply “rights-based development” (RBD) – in the last few decades has been a contended and complex process. By arguing that development cannot be understood solely through the lenses of economic progress, resource reallocation, and Gross Domestic Product (GDP) figures, nor can it be confined within the rigid boundaries of economic rationalization, RBD introduced development thinkers to a yet unseen comprehension of the phenomenon. Through a renewed integration of human rights principles with those of international development, RBD presented a view of development based around the centrality of people’s rights – not only the traditional economic right involved in accessing markets, products, or services; but also all the numerous political, civil and other types of rights that are necessary to support an individual’s exercise of its freedoms and agency. RBD’s call for rights as an organizing principle of development challenged development thinking to consider a more multifaced approach, resulting in a potent movement of human rights rhetoric in the field; one that remains powerful to this day.

Such movement was reinforced via the endorsement of RBD by several major international actors, including multilateral organizations, regional and international NGOs, as well as development practitioners in both the global North and South. As it established itself as a legitimate approach, RBD found traction in the growing importance of human rights in the last few decades and was responsible for a repositioning of development actions within greater accountability and participation lenses. Through RBD’s focus on rights, the expansion of people’s freedoms and capacities became the ends – how development projects are supposed to be evaluated – and means – how development projects are supposed to be structured – of development (SEN, 1999, p. 35), which represented a revolutionary shift of focus considering the prevailing mentality of the 1990s, usually associated with unilateral aid efforts, through which donors identified immediate needs and provided basic goods to the poorest.

However, as the rhetoric of rights started to assume the forefront of development, and categorizations of “duty-bearers” and “right-holders” became mainstream, RBD’s loopholes also became visible. Among the main critiques in the literature targeting RBD, it is argued that the normative content of rights-based approaches – here understood as its idealization of what development ought to achieve – can turn the development endeavor into an ‘aspiration’, presenting the danger of confining development to mere rhetoric about claims, duties, and institutions, while downsizing the multiple political dimensions of supporting change in a complex world. In parallel, as national states are identified as the central actors responsible for the enforcement of the human rights under its jurisdiction, several commentators maintain that RBD can end up blind to the limitations of state power in the midst of a globalized world, failing to tap into alternative pathways to the practical implementation of human rights.

In this sense, the goal of this paper is to explore the framework of concepts and focuses that surround rights-based approaches to development without losing sight of the main limitations associated. We will do so by identifying and evaluating the core ideas available in the literature on the topic, hoping to provide a basic understanding of what it means to adopt the lens of rights when it comes to supporting positive change; and most importantly, how is it possible to adopt a RBD stance without losing sight of the loopholes it potentially entails.

Rights-based approaches to development: between origins, definitions, and applications

Defining an approach to development is certainly no easy task. To define is to make choices of what is deemed meaningful and irrelevant, which raises serious questions considering the numerous voices in the literature (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004; TSIKATA, 2004, p. 130; KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 477; LANGFORD, 2015, p. 777; MILLER; VENEKLASEN; CLARK, 2005, p. 31) pointing out the existence of multiple rights-based approaches to development, each with its own conceptualization, ethics, and implementation disputes (UVIN, 2007, p. 603; MANZO, 2003, p. 437).

Nevertheless, it seems evident that the fusion of ‘rights’ and ‘development’ was a uniquely interesting process that took place at the end of the twentieth century, initially articulated in development circles of the global North (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 476) and reinforced through the greater participation of southern countries in the United Nations (ROBINSON, 2001; as cited by CORNWALL; NYAMU-

MUSEMBI, 2004, p. 1422). This process was in part a reaction to a long-lasting movement of prioritization of economic growth, production, and other economy-related factors when it comes to assessing the success of development processes. In this formula, development equals economic growth. Sen (1999, p. 18), in its foundational work of rights-based approaches, propose that the comprehension of development processes must instead be based on people's freedoms, resulting in an agency-centered view of development in which what really matters is how meaningfully people can exercise their rights and live the kind of life they value.

Sen (1999, p. 25) claims that such approach does not reject the relevance of economic development in the overall improvement of people's lives, but enriches the discussion by proposing that even the economic aspects of development must be understood in relation to the repercussions they create in the realization of other types of rights, namely political, civil, and others. Through this perspective, issues like poverty are understood not only in terms of its economic dimension – a lowness of income, for example – but also in terms of the deprivation of capacities that the poor access to financial resources result in (SEN, 1999, p. 87).

This overcoming of economic growth as the standpoint of development is also profoundly linked to the significant legitimacy of the human rights agenda in the 1990s (UVIN, 2007, p. 599), as well as the historical discussions surrounding the construction of the 'Right to Development' (OHCHR, 1986) – which stood on the compelling argument posed by the global South that the process of development is a right in itself (SENGUPTA, 2000, p. 567). The birth of RBD, in this sense, can be seen as an attempt to integrate human rights principles with those of poverty alleviation as a way to counter some of the limitations conveyed by traditional views of development (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 476). This movement pushed organizations and practitioners to reflect on the possible correlations between human rights and development work.

However, more than a claim for a more 'complete' perspective of development, the embracement of human rights appears to require a fundamental reconfiguration of the ends and means of development (SEN, 1999, p. 35). Standing mainly on the theoretical contributions of the Amartya Sen (1999), RBD proponents argued that if development is to be genuinely participatory – that is, with absolute involvement of those who will benefit from it – a Right to Development must accept participation as a cornerstone (SENGUPTA, 2000, p. 568). Simultaneously, standing

on the understanding that development's end goal is the expansion of people's capacities, rights-based approaches questioned the prevalence of GDP and other related economic indicators when it comes to assessing development policy success (SENGUPTA, 2000, p. 568). Essentially, RBD questioned both the objectives – a radical shift of focus from providing 'basic goods' to enabling 'basic freedoms' – and processes of development. As Kindornay, Ron and Carpenter (2012, p. 476) point out, rights-based development experts began urging the development industry to:

Assess human rights conditions before formulating their plans and projects; identify rights-holders and duty bearers in prospective projects; ensure local participation in project planning and implementation; create and strengthen mechanisms of citizen-government accountability; reduce discrimination against marginalized groups; focus on development processes, in addition to outcomes; and, most importantly, engage in local and international advocacy efforts to promote the rights of vulnerable groups.

Despite the difficulties associated with trying to specify the exact moment in which RBD emerged as a systemic approach to development (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 477; CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1420), or the historical conditions that paved the way for its appearance (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1423), a fact remains: various prominent international organizations have been standing on the legitimacy of human rights rhetoric in international discourse to evoke the language of rights in the elaboration of their approaches to development since the late 1990s (UVIN, 2007).

In this regard, as some authors (TSIKATA, 2004, p. 132; KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 478) indicate, the broad dissemination, legitimation, and deepening of rights-based approaches in the development landscape was a United Nations-led movement. Within the UN System, Kindornay, Ron, and Carpenter (2012, p. 479) show that three agencies – the UN International Children's Fund (UNICEF), the UN Development Programme (UNDP), and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) – were key champions of the rights-based approach in its early implementation. The UNICEF (1997, p. 6), for instance, as early as 1997, declared that its approach to promoting children's well-being would be grounded in the promotion of the human rights contained in the 1989 Convention on the Rights of the Child; which, in turn, openly embraced the inalienability of human dignity as a fundamental right (UN, 1989). Similarly, the OHCHR and the UNDP followed the trend: Cornwall and Nyamu-Musembi (2004, p. 1426) affirm that the UNDP, in partnership with the OHCHR, strongly

relied on a rights approach in its work regarding building up governance institutions. The grounding on rights appears to have also branched towards programming practices: development interventions had to focus on enabling people to realize their potentials and exercise their agencies. These movements are visible, for instance, in how remarkably vocal the UNDP (2002, p. 1) is in its discussion of the impacts of a rights-based approach to development programming:

A human rights perspective calls for enhanced attention to the phase of assessment and analysis providing, among others, full understanding of the legal framework of a country, and the factors that create and perpetuate discrimination and social exclusion and hinder people from realising their potential.

The cascade of human rights rhetoric in the UN culminated in the 2003 Human Rights Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies (UN, 2003, p. 1). Such agreement represents a solid reference point to the comprehension of the trend towards RBD, as it seems to be the first formal document to broadly and explicitly adhere to a rights-based approach to development in the UN. It states that all development-related activities undertaken by any agency functioning under the UN System is to be structured in line with the advancement of the principles contained in the Universal Declaration of Human Rights and its associated conventions. The document was a landmark, launching a powerful movement of rights-based rhetoric both within and outside the UN framework, affecting development groups in different scales and encouraging a substantial shift in development practices in general (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 477).

The RBD wave quickly affected other major multilateral agencies, such as the World Bank. The Bank (1998, p. 2), for instance, reclaimed the platform of human dignity to reconfigure the foundations of its approach to development since the late 1990s. Although less energetic in its statements, it has largely adopted the human rights rhetoric in its work related to poverty alleviation and the so-called 'good' governance agenda (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1426; UVIN, 2007, p. 600).

Furthermore, the RBD trend profoundly affected international and local NGOs: given their natural vulnerability to donor incentives, NGOs quickly realized the need to become familiar with the new 'rights talk' in order to survive in the development industry (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 488; MANZO, 2003, p. 451; CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1429). Oxfam America seems to be one of the leading examples: alongside CARE and other NGOs, Oxfam has

been openly concerned with the nuances of rights-based development to designing, implementing and evaluating development projects since the early 1990s (RAND; WATSON, 2007, p. 38). In fact, the early movements towards RBD within the UN system were largely accompanied by NGOs. These organizations have responded in various degrees depending on their ability or willingness to implement changes (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 489). Ranging from reformulations in accounting and reporting procedures, passing through shifts in programming approaches, and reaching global transformations in project delivery and objectives, changes have been broad and noticeable (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 489).

In practical terms, these transformations usually translated into an increased emphasis on advocacy work and more progress-based capacity building initiatives (KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012, p. 492; CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1430; MOHAN; HOLLAND, 2001, p. 184), rather than output-based ones. By standing on RBD's platform, NGOs have been creating mechanisms for key actors – mainly governments – to remain accountable with their human rights obligations, while supporting empowering-type initiatives in a variety of settings (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1429).

In addition, Manzo (2003, p. 452) demonstrates that concerns around accountability were central in the transition towards RBD in the context of NGOs: not only NGO-led initiatives started to focus on holding states increasingly accountable for human rights violations, but also more attention was given to NGOs' role in minimizing the effects of these violations, not to mention a novel emphasis on aspects of 'internal' accountability, especially as these actors became better funded and professionalized.

In conclusion, notwithstanding the multiple uses and dimensions, Cornwall and Nyamu-Musembi (2004, p. 1430) argue that a small set of common principles appear to prevail over the complexity of RBD's debates, providing a robust framework to an attempt to conceptualize RBD and venture into its potential practical applications. By analysing the approach in terms of its normative content – that is, in terms of the visions it projects about what development 'ought to be' – the authors (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1430) maintain that most organizations that stand on the RBD platform seem to employ it to promote a shift of focus from "identifying and meeting needs" to "enabling people to recognize and exercise rights". Standing on the well-known dichotomy between "duty-bearers" and "rights-holders", most strategies encompass two fronts of capacity building: reinforce states' –

and progressively non-state actors as well – capacity to materialise rights and remain accountable to its obligations, on one hand, while supporting citizens’ capacity to claim those very rights, on the other (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1430). In this sense, from a conceptual standpoint, the essential components of RBD include the fundamental linkage to the rhetoric of rights, greater accountability on the part of duty-bearers, increased empowerment and participation of right-holders, as well as an enhanced focus on the most vulnerable groups (MILLER; VENEKLASSEN; CLARK, 2005, p. 31; TSIKATA, 2004, p. 130; MOHAN; HOLLAND, 2001, p. 183; DAVIS, 2009, p. 180).

RBD as an “aspiration”

There seems to be a fundamental problem with translating development problems into claims, duties, and institutional mechanisms: development becomes ‘aspirational’. The normative content of RBD leads to the false premise that development can somehow rest on clear and fixed legal basis, which does not capture the intrinsically political and shifting nature of obligations created by human rights (UVIN, 2007, p. 603), and hardly considers the profound repercussions of power dynamics to the practical realisation of those rights. Indeed, rights can be defined and reframed by powerful interests; they can mean different things to different actors, different contexts; they can be stretched out, compressed, bent, or twisted. Although some voices in the literature (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1416; DAVIS, 2009, p. 176; LANGFORD, 2015, p. 779; TSIKATA, 2004, p. 131) raise the argument that RBD can foster considerations about power and structural impediments in development work, as it encourages a recharacterization of the poor as rights-holders instead of passive recipients of assistance, there seems to be a permanent risk that assuming a rights-based approach results in little more than a number of appealing statements of intent about “things that it would be nice to achieve, or duties we would like to assume one day, without setting out either the concrete procedures for actually achieving those rights or methods of avoiding the slow and dirty enterprise of politics” (UVIN, 2007, p. 603).

In fact, a major source of concern to substantial portion of the literature (DAVIS, 2009, p. 179; UVIN, 2007; TSIKATA, 2004; NELSON; DORSEY, 2018, p. 101; MILLER; VENEKLASSEN; CLARK, 2005, p. 31) analysing RBD’s foundations and practical implementation lies in the realization that the promotion of human rights is a task largely situated outside of the legal realm. This argument may sound counter-intuitive at first sight but can be quickly understood if we consider two

complementary perspectives. First, there seems to be no way around the fact that all international human rights documents are a consequence of political negotiation (WALTZ, 2002, p. 446). This poses the questions of ‘who decides what constitutes a right’, with all the multiple repercussions that stem from it, and more dramatically ‘whose rights count’ (MILLER; VENEKLASEN; CLARK, 2005, p. 36; MOHAN; HOLLAND, 2001, p. 190), which invites us to ponder on the intrinsically political – and therefore ‘contextual’ – origins of human rights. Second, it appears that the translation of any complex development problem into the rhetoric of rights is ultimately a process of ‘simplification’ in which extremely relevant dimensions of that problem – social, economic, political, cultural, environmental, and so on – are downsized or ignored in favor of a legalistic view (MILLER; VENEKLASEN; CLARK, 2005, p. 33) capable of accommodating categorizations such as ‘legal’ and ‘illegal’, ‘duty-bearer’ and ‘right-holder’. The simplification of development challenges may, in turn, hinder organizations’ and practitioners’ ability to explore alternative pathways to solutions other than the institutional/legalistic one (DAVIS, 2009, p. 179), while dangerously masking the multiple interests and power dynamics that are commonly involved in current complex development issues (MOHAN; HOLLAND, 2001, p. 192). In this sense, Miller, VeneKlasen, and Clark (2005, p. 33) eloquently point out that:

While working with laws and legal systems is critical, it has become clear that narrow legal approaches usually fail to expand the scope of rights or appreciably strengthen accountability and capacity to deliver resources and justice. Equally important, these approaches do little to develop people’s sense of themselves as citizens and subjects of rights, or their capacity to engage with and reshape power.

Uvin (2007, p. 604), in parallel, acutely illustrates the limitations of a legalistic standpoint when stating that: “if a rights-based approach to development means empowering marginalised groups, challenging oppression and exclusion, and changing power relations, much of this lies outside the legal arena, falling squarely in the political realm”.

Under this lens, RBD’s formal content presents the danger of ‘emptying’ development and human right challenges of its political facet, ultimately contributing to the maintenance, not the transformation, of the *status quo* (UVIN, 2007, p. 603; TSIKATA, 2004; MOHAN; HOLLAND, 2001, p. 193). As Tsikata (2004, p. 131) insightfully points out, RBD approaches may end up being nothing more than a language twist in development: an attractively disguised presentation of ‘old wine’ in ‘new bottles’ (UVIN, 2007, p. 599; KINDORNAY; RON; CARPENTER, 2012,

p. 479). In sum, the adoption of a rights-based approach when tackling development challenges may obscure the crudeness of real-world power dynamics and highly political agendas behind the contingency of rights, laws, and institutional mechanisms. To stand on the legitimacy of human rights in international development without expressly dealing with issues of justice, power, representation, and participation – issues that inhabit the world of the facts, not the world of ideas – when it comes to its practical implementation implies a paltry consideration of the complexities of supporting change. The real engines of change remain clouded behind pretty words about rights, duties, and institutions written on a piece of paper.

RBD, state-centrism, and globalization

Another primary source of criticism lies within the central role states play in RBD. As the main duty-bearer regarding the human rights of individuals under its jurisdiction, states assume the forefront in the realization of rights and development by extension (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1417; MOHAN; HOLLAND, 2001, p. 184), which end up setting the tone for how accountability and participation are to be implemented under RBD's logic.

Nonetheless, the focus on governments and other 'regular' channels of power ignores that, in practice, most poor people have little to no access to the legal mechanisms and institutional apparatus that might enforce their rights. Not to mention that the interface between the multiple legal systems governing people's access to entitlements makes the process of recognizing and claiming rights undeniably complex (CORNWALL; NYAMU-MUSEMBI, 2004, p. 1418; MILLER; VENEKLASEN; CLARK, 2005, p. 35) and contextual, both within and outside state jurisdiction. The problem, as it seems, is not precisely the predominance of state responsibility in the realization of rights under RBD, but the remarkable lack of emphasis given to the obligations of non-states and transnational actors in this regard. As Manzo (2003, p. 451) argues, RBD tends to confine non-state actors' obligations to a moral, not legal, dimension. Moral obligations, however, cannot be the object of claims under international law, which only accentuate non-state actors' inability when it comes to enforcing rights in practice.

Furthermore, RBD advocates hardly consider the implications of handing over the responsibility for human rights' enforcement to governments stained by corruption; or authoritarian/non-democratic states. While analysing the viability of human rights-based approaches to development in the African context, Mohan and Holland (2001, p.

193) conclude that “by handling the primary responsibility for defending rights to unaccountable and authoritarian states the process does little to challenge the power structures which may have precipitated rights abuses in the first place”. In line with the concern previously explored that the rights agenda may privilege the interests of the most powerful, this argument imposes considerations about the contextual applicability of RBD and its capacity to reinforce unjust structures of power and domination.

All these considerations assume dramatic contours as we consider the paradox of state power and effectiveness in the midst of a globalised world: while RBD puts countless duties on the shoulders of states and trusts in its power to realize people’s rights, globalization entails rather the weakening of states’ capabilities to secure and enhance the economic and social rights of their citizens (MANZO, 2003, p. 440). As Van Tuijl (2000, p. 618; as cited by MANZO, 2003, p. 440) sharply argues, one of globalization’s most significant implications is precisely that “the responsibility for the enforcement human rights cannot be left to states alone”. This argument considers the decline of state autonomy in the face of global economic rules that shackle national policies (MANZO, 2003, p. 441) as well as the reduced level of political institutionalization observed especially in poor developing countries (Huntington, 1965, p. 394; as cited by MANZO, 2003, p. 442) – exactly the ones in which human rights violations seem to present its most nefarious facet. And yet, the burden of carrying out human rights remains largely attributed to states. In this sense, Manzo (2003, p. 442) points out the need to question RBD state-centrism as new global actors – multinational corporations, INGOs, and others – are now exerting greater influence in the global human rights arena.

In other words, there seems to be blindness within RBD to alternative pathways to the realization of rights, which can prove to be more effective, given the limitations of states and governments especially in the context of poor countries and vulnerable communities.

CONCLUSION

If the goal of the development enterprise is development itself, each of the multiple approaches that populate the international arena will present different pathways to this end goal. The real challenge for development organizations and practitioners, as well as those interested in comprehending development phenomena with a certain degree of sophistication, is to construct an understanding of each one of these approaches that is robust enough to evidence the set of assumptions and

loopholes that necessarily pervade them. This type of understanding, in turn, allows us to keep sight of the issues associated with these different ways of acting in the world and strategically draw from their strengths to optimize our chances to facilitate meaningful positive change.

When it comes to assessing RBD's surrounding concepts, focuses, and limitations, the current body of literature appears to indicate a certain number of central ideas. Indeed, rights-based approaches offer valuable routes to the reconfiguration of development work, emphasizing the need to look beyond the narrowness of simplistic overlooks that privilege economic growth or the simple transfer of resources to those in need. Instead, RBD argues for the importance of building up states' and citizens' capacities to materialize human rights, while forcing international organizations and development practitioners to reflect on the real meaning of accountability, empowerment, and participation in development programming and implementation. As the expansion of people's freedoms and capacities becomes the ends and means of the development, RBD invites us to question the traditional roles of the development industry – including its assessment standards – and to ponder on the real meaning of respecting human rights in development work. There seems to be no way around the fact that these ideas offer valuable advancements to development theory, paving the way for more holistic views of development processes. RBD's contributions to the field must, therefore, be celebrated and preserved.

On the other hand, the rhetoric of rights has its downsides: development may end up trapped between fruitless discussions about rights that fail to enter the real world and the contingency of state power in the context of a globalized world. In other words, blindly embracing RBD leads to a particular framing of the world that may obscure crucial aspects of it, hindering our ability to promote positive change in particular contexts.

Finally, considering the ongoing importance of RBD and its current legitimacy, this paper hopes to provide a basic framework for further studies on the topic, facilitating the advancement of the knowledge about promoting positive and meaningful change through a human rights lens.

REFERENCES

CORNWALL, A; NYAMU-MUSEMBI, C. Putting the 'rights-based approach' to development into perspective. *Third World Quarterly*, v. 25, n. 8, p. 1415-1437. 2004.

DAVIS, T. The Politics of Human Rights and Development: The Challenge for Official Donors. *Australian Journal of Political Science*, v. 44, n. 1, pp. 173-192. 2009.

KINDORNAY, S; RON, J; CARPENTER, C. Rights-Based Approaches to Development: Implications for NGOs. *Human Rights Quarterly*, v. 34, n. 2, p. 472-506. 2012.

LANGFORD, M. Rights, Development and Critical Modernity. *Development and Change*, v. 46, n. 4, p. 777-802. 2015.

MANZO, K. Africa in the rise of rights-based development. *Geoforum*, v. 34, n. 4, p. 437-456. 2003.

MILLER, V; VENEKLASEN, L; CLARK, C. Rights-based Development: Linking Rights and Participation – Challenges in Thinking and Action. *ISD Bulletin*, v. 36, n. 1, pp. 31-40. 2005.

MOHAN, G; HOLLAND, J. Human rights & development in Africa: moral intrusion or empowering opportunity? *Review of African Political Economy*, v. 28, n. 88, pp. 177-196. 2001.

RAND, J; WATSON, G. Rights-based approaches: Learning project. *Oxfam America, Care USA*. Disponível em:

<<https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/134967/bk-rights-based-approaches-300308-en.pdf>>. Acesso em: 04/Sep. 2007.

SEN, A. *Development as Freedom*. United Kingdom: Oxford University Press, 1999.

SENGUPTA, A. Realizing the Right to Development. *Development and Change*, v. 31, n. 3, pp. 553-578. 2000.

TSIKATA, D. The Rights-based Approach to Development: Potential for Change or More of the Same? *IDS Bulletin*, v. 35, n. 4, p. 130-133. 2004.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. *The State of the World's Children 1997*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/sowc97/download/sow1of2.pdf>>. Acesso em: 27/Abr. 1997.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP. *The Human Rights Based Approach to Development Cooperation Towards a Common Understanding Among UN Agencies*. Disponível em:

<<https://undg.org/document/the-human-rights-based-approach-to-development-cooperation-towards-a-common-understanding-among-un-agencies/>>. Acesso em: 27/Abr. 2003.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *A Human Rights-Based Approach to Development Programming in UNDP*. Disponível em:

<https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/human_rights/a-human-rights-based-approach-to-development-programming-in-undp.html>. Acesso em: 27/Abr. 2002.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention on the Rights of the Child*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Acesso em: 27/Abr. 1989.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Declaration of the Right to Development*. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx>>. Acesso em: 27/Abr. 1986.

UVIN, P. From the right to development to the rights-based approach: how 'human rights' entered development. *Development Practice*, v. 17, n. 4-5, p. 597-606. 2007.

WALTZ, S. Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights. *Third World Quarterly*, v. 23. n. 3, pp. 437-448. 2002.

WORLD BANK. *Development and human rights: the role of the World Bank*. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/820031468767358922/Development-and-human-rights-the-role-of-the-World-Bank>>. Acesso em: 27/Abr. 1998.

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: A EXEQUIBILIDADE DOS PRECATÓRIOS DE QUINTOS E DÉCIMOS À LUZ DO RE 638.115/CE

João Victor Barbosa Ferreira¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise dos novos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) e seus impactos na relativização do instituto da coisa julgada, ante a superveniente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para melhor compreensão e para o desenvolvimento do desenho metodológico, divide-se a presente pesquisa em dois grandes núcleos. O primeiro analisará a formação da jurisprudência do STF sobre o tema, com enfoque na fundamentalidade da presente discussão. No segundo momento, analisar-se-á o instituto da coisa julgada inconstitucional na execução contra a Fazenda Pública, com enfoque na (im)possibilidade de execução dos precatórios das ações de quintos e décimos.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada – Ação rescisória – Execução contra a Fazenda Pública – Controle superveniente de constitucionalidade – Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the new articles 525, §15 and 535, §8, of the CPC / 15 and its impacts on the relativization of the institute of res judicata, before the supervenient statement of unconstitutionality by the Federal Supreme Court (STF). To better understand and to develop the methodological design, the present research is divided into two major nuclei. The first will analyze the formation of the jurisprudence of the STF on the subject, focusing on the fundamentality of the present discussion. In the second moment, the institute of the thing deemed unconstitutional in the execution against the Public Treasury, focusing on the (im) possibility of execution of the precatórios of the actions of fifths and tenths, will be analyzed.

¹ Bacharel em Direito e Estudante de Antropologia na Universidade de Brasília. Advogado.

KEYWORDS: Judgment - Restitution action - Execution against the Public Treasury - Supervenient control of constitutionality - Legal Security.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada material pode ser definida como uma qualidade que reveste o posicionamento do Estado-Juiz [através de uma sentença], após cognição exauriente de mérito da pretensão apresentada, configurada após o transito em julgado da lide, e que consiste na imutabilidade do comando sentencial no tempo².

Sua aplicabilidade é limitada aos atos jurisdicionais e sua existência representa um pilar indispensável para o próprio desenvolvimento do processo, cuja estabilidade da decisão é o objetivo final esperado. O instituto é tratado como *autoridade* pelo art. 502 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o qual, segundo este artigo, tem o poder de tornar “imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Assim, a coisa julgada é elemento intrínseco à segurança jurídica que, por sua vez, constitui pilar fundamental da Processualística Civil em um Estado de Direito. Tais elementos pretendem garantir a irretroatividade de decisão superveniente, a previsibilidade e a confiabilidade dos conteúdos sentenciais, em estrito cumprimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de acesso à justiça, impressos, respectivamente, no art. 1º, III, e no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 (CR/88)³.

A segurança jurídica está impressa na Constituição que, em seu art. 5º, XXXVI, determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Significa dizer que nem o direito doméstico, nem o estrangeiro, poderá modificar a decisão transitada em julgado, aperfeiçoada pela coisa julgada, em total consonância protetiva dos direitos adquiridos ao longo da vigência da lei no tempo⁴.

Todavia, é legítima a desconstituição da coisa julgada material, sem o desfazimento da segurança jurídica, desde que interposta tempestivamente e por via própria o instrumento processual cabível [ação rescisória], nos termos da legislação processual vigente.

A (im)possibilidade de desfazimento dos julgados transitados em julgado pela via do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, correspondente

² TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, pg. 30.

³ DIDER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. V.1. Bahia: Editora Jus Podivm. 2019, pg. 557.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva. 2012, pg. 368/369.

ao art. 525, § 12, do CPC/15, será o objeto da primeira parte da presente análise, sobretudo sob a perspectiva da necessidade de interpretação da lei processual sob a ótica da Constituição para assegurar a proteção dos princípios constitucionais do Processo Civil.

Nessa perspectiva, será analisado o julgamento da (ADI) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que reconheceu a constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, cujo núcleo central que importa para a construção da tese é o processo de delineamento e formação da *ratio decidendi* produto do julgado.

Posteriormente, será analisada (im)possibilidade de rescisão das decisões transitadas em julgado que garantiram a manutenção e o pagamento dos valores relativos a quintos e décimos incorporados pelo exercício de função comissionada no período de 08.04.1998 até 04.09.2001, ante a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória (MP) n. 2.225-45/2001 pelo STF no RE n. 638.115/CE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA NO CPC/15 E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 525, § 15, E 535, § 8.

Os art. 741, *parágrafo único*, do CPC/73 permitia a oposição de embargos à execução contra a Fazenda Pública com base em alegação de o título executivo estar “*fundado em aplicação de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*”.

Hipótese semelhante foi replicada no CPC/15 que, no art. 525, § 12, afirma que “*considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso*”, desde que a decisão do STF seja *anterior* ao trânsito em julgado da decisão exequenda (§ 14).

Na doutrina, o fenômeno apresentado passou a ser chamado de *coisa julgada inconstitucional*⁵ pois *permite a declaração de inexigibilidade de pagamento de título judicial transitado em julgado quando fundado em ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, em sede de embargos à execução e independentemente de ação rescisória*.

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2016, pg. 1516/1517.

A novidade, até esse ponto, introduzida pela nova legislação processual foi a possibilidade de reconhecimento da inexigibilidade do pagamento do título quando a decisão rescindenda se fundar em ato normativo tido como incompatível com a Constituição pelo STF em controle concentrado ou em controle difuso de constitucionalidade. Na vigência do CPC/73, tal arguição de inconstitucionalidade só teria o condão de declarar o pagamento de verba inexigível caso a declaração de inconstitucionalidade fosse feita pela via do controle concentrado ou com a superveniente suspensão da eficácia da norma pelo Senado caso feita pela via difusa⁶.

Ocorre que o § 15, do art. 525 do CPC/15, introduziu novidade no ordenamento jurídico processual ao disciplinar que “*se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*”. Significa dizer, em interpretação literal, que todos os julgamentos da Corte Suprema, seja em controle concentrado ou difuso, teriam o condão de rescindir quaisquer decisões transitadas em julgado, mesmo que há décadas, já que o prazo decadencial de 2 (dois) anos para ajuizamento da ação rescisória iniciaria-se após a conclusão do julgamento do recurso/ação paradigma.

Por esse motivo, o aludido parágrafo é bastante criticado pela doutrina, porquanto representa verdadeiro ato atentatório à supremacia da Constituição, aos efeitos da coisa julgada e à própria segurança jurídica, já que, em tese, inexistiria termo final de estabilização do conteúdo sentencial⁷.

Nesse paradigma, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar, em outras oportunidades, sobre a supremacia de suas decisões em detrimento da coisa julgada material, de forma que se faz necessário lançar um olhar observador sobre esses precedentes para que seja possível delinear as conclusões.

2.1. A coisa julgada inconstitucional e o Supremo Tribunal Federal

A Corte Suprema já se manifestou anteriormente, em inúmeros casos relevantes, sobre a eficácia de suas decisões quando estas contrariam leis

⁶ Tal entendimento restou sedimentado no julgamento do ARE n. 786166, de relatoria do Ministro Luiz Fux, acompanhado, à unanimidade, pela 1ª Turma do STF no julgamento do ARE n. 786.166: (...) 1. O art. 741, parágrafo único do CPC somente incide em leis ou atos normativos, cuja inconstitucionalidade seja declarada expressamente em controle concreto ou, quando do controle abstrato, sua eficácia for suspensa pelo Senado. (...)

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 251. ano 41, pg. 275/276.

ou ato normativos federais que sustentam a formação de títulos judiciais já transitados em julgado. É importante que se analise tal jurisprudência para que se extraia fidedignamente o posicionamento do STF sobre o proposto.

Não há dúvidas de que, dentre os precedentes do Pretório Excelso, o mais significativo é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Na oportunidade, foi declarada a *constitucionalidade* do art. 741, *parágrafo único*, do CPC/73, mas a sua aplicabilidade foi reduzida à hipótese de que somente é cabível embargos à execução desde que “o reconhecimento dessa inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda”⁸⁹.

Assim, restou consignado que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF deve ser anterior ao trânsito em julgado do título, sob pena de instauração de instrumento rescisório com aplicabilidade e cabimento, em tese, ilimitados.

Ademais, outra delimitação destacada pelo STF foi a de que o artigo em análise não seria aplicável em todas as situações de inconstitucionalidade, mas somente quando o conteúdo sentencial que se pretende declarar inexistente: (i) aplicar norma tida como inconstitucional anteriormente pelo STF; (ii) não aplicar norma tida como constitucional pelo STF; (iii) aplicar dispositivo da Constituição tido como não autoaplicável; (iv) deixar de aplicar dispositivo tido como constitucional e autoaplicável; e (v) quando adotar base interpretativa tida como equivocada.

Importante destacar que o juízo de constitucionalidade realizado pelo STF é válido também para os correspondentes ao art. 741, *parágrafo único*, do CPC/73 no CPC/2015 (ou seja, aos art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14 e art. 535, III, § 5º do CPC/15⁹).

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418. Relator Ministro Teori Zavascki. Publicação: 17.11.2016.

⁹ Confirmado pelo Tema n. 0360, firmado no RE n. 611.503: São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda.

Em suma, para a aplicação dos aludidos artigos, a sentença exequenda deve: (i) ter aplicado norma inconstitucional – e as variações acima expostas; (ii) ter sido findada em norma declarada inconstitucional pelo controle concentrado ou difuso; e (iii) ter transitado em julgado *após* a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Outro entendimento paradigmático e extremamente relevante para a reflexão da matéria ora posta é o sedimentado pelo STF no julgamento do RE n. 730.462, em sede de repercussão geral (Tema n. 0733), no qual a Corte delineou que, muito embora o § 2º do art. 102 da Constituição atribua eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões do controle concentrado, a rescisão de julgados contrários não ocorre de maneira automática, sendo necessária a interposição do recurso cabível ou o ajuizamento de ação rescisória, respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos a contar do trânsito em julgado da decisão rescindenda¹⁰.

Foi fixada, então, a tese de que as decisões em controle concentrado não tem o condão de rescindir automaticamente os entendimentos contrários ao paradigma, sejam os proferidos em outras instâncias, sejam aqueles que já transitaram em julgado. Para tanto, a parte prejudicada deverá, no primeiro caso, interpor o recurso cabível ou, na segunda hipótese, ajuizar ação rescisória dentro do prazo decadencial. Caso a sentença que se pretende rescindir tenha transitado em julgado há mais de dois anos da decisão do paradigma, não haveria nenhum remédio processual apto a modificar a coisa julgada.

Outro precedente basilar para a tese que se passa a construir foi o de lavra do Ministro Marco Aurélio, no RE n. 590.809, em sede de repercussão geral (Tema n. 0136¹¹), oportunidade em que a Corte modificou a orientação constante na Súmula n. 343/STF, a qual dispõe que “*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

Desde então, o entendimento consolidado sobre a matéria é o de que se no momento da decisão rescindenda havia controvérsia

¹⁰ Tema n. 0733: A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 730.462. Relator Ministro Teori Zavascki. Publicação: 28.05.2015.

¹¹ Tema n. 0136: Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 590.809. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação: 22.10.2014.

sobre a interpretação da norma aplicada (seja ela constitucional ou infraconstitucional), não cabe ação rescisória, mesmo que o STF venha a uniformizar o entendimento em momento posterior.

Vê-se, então, que o STF vem prestigiando os institutos da coisa julgada e da segurança jurídica, em detrimento da força vinculante de suas decisões. Portanto, conclui-se que:

(i) é possível a arguição da inexigibilidade de pagamento de título judicial, em sede de embargos à execução, **desde que a decisão do STF seja anterior ao trânsito em julgado** (ADI n. 2.418);

(ii) a decisão de inconstitucionalidade da norma ensejadora do título transitado em julgado configura hipótese autorizativa ao ajuizamento de ação rescisória, desde que movida no prazo decadencial de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão rescindenda e que não se trate de mudança jurisprudencial sobre matéria de entendimento controvertido; e

(iii) a mudança jurisprudencial do STF não modifica a natureza dos títulos já transitados em julgado, consoante novo entendimento conferido à Súmula n. 343/STF.

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, em seus arts. 525, § 15 e 535,

§ 8º inovou no mundo jurídico ao regulamentar a ação rescisória, análise que será objeto do próximo tópico, no qual são destacadas as incompatibilidades dos institutos com a Constituição.

2.2 A inconstitucionalidade material dos arts. 525, § 15 e do art. 535, § 8º do CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou as hipóteses de cabimento da ação rescisória, com destaque às inovações processuais promovidas em seus arts. 525, § 15 e 535, § 8º, do CPC/15. Para melhor análise, cumpre colacionar a íntegra dos dispositivos:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, **cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.**

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para,

querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, **cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.**

Em total descompasso com o entendimento que vem sendo construído pelo STF, consoante visto no tópico anterior, os dispositivos colacionados são explícitos ao afirmar que o prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória *começa a contar do trânsito em julgado da decisão que declarar inconstitucional a lei que deu ensejo à decisão rescindenda.*

Significa dizer que uma sentença judicial transitada em julgado há quase meia década poderá ser rescindida caso a norma que a deu ensejo venha a ser considerada como incompatível com a Constituição pelo Supremo. Tal interpretação acrítica dos dispositivos em comento viola os princípios basilares da processualística civil, tais como a segurança jurídica, a coisa julgada, o direito adquirido, a inafastabilidade da jurisdição e o próprio princípio da confiança.

Compete, portanto, interpretar tais dispositivos não só sob as lentes delineadas na Constituição, por meio de interpretação conforme, mas também em consonância com os entendimentos firmados pelo STF.

E, conforme sabido, a coisa julgada é protegida pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, cuja garantia e proteção é fundamental para a efetividade e garantia da tutela jurisdicional que tem como objetivo final a sua estabilidade. Sem a devida proteção à intangibilidade da coisa julgada material, não é possível a configuração da segurança jurídica e, consequentemente, a harmonia do Estado de Direito¹².

O Capítulo VII (art. 966) do CPC/15 inicia a regulamentação da ação rescisória, de modo que, nessa parte específica, o legislador não repisou a hipótese de manejo do instrumento processual nos casos de superveniente decisão do STF que venha declarar lei ou ato normativo federal como incompatíveis com a Constituição. Pelo contrário, o cabimento normatizado no art. 966, V¹³, do CPC/15 exige, por consequência lógica,

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 251. ano 41, pg. 275/276.

¹³ O art. 966, V, do CPC/15 dispõe que cabe ação rescisória quando a decisão rescindenda “violar manifestamente norma jurídica”, cuja interpretação lógica, sistemática e teleológica da palavra “violar manifestamente” exige que a Corte Suprema tenha sedimentado seu entendimento em momento anterior ao trânsito em julgado.

que a desarmonia entre a decisão rescindenda e o entendimento do STF deve ser anterior ao trânsito em julgado da ação.

Cumpre relembrar que a ação rescisória (tanto a regulamentada no art. 966, quanto a constante dos arts. 525 e 535 do CPC/15) tem natureza jurídica de ação desconstitutiva, cujo ajuizamento compreende um direito potestativo da parte autora, sendo seu prazo *decadencial*¹⁴.

Contudo, a condição temporal entra novamente em cena, pois enquanto o prazo decadencial de 2 (dois) anos para ajuizamento das ações rescisórias fundamentadas no art. 966 do CPC/15 inicia a partir do trânsito em julgado material da decisão rescindenda, nas hipóteses dos arts. 525, § 15, e 535, § 8, do CPC/15 flui-se o prazo somente após o trânsito em julgado do processo paradigma no STF.

A dissonância dessa última possibilidade com o ordenamento jurídico pátrio é patente, porquanto sua interpretação e aplicação literal retira qualquer elemento lógico que confira estabilidade à coisa julgada material já que o STF poderá vir a ser instado a avaliar a constitucionalidade de qualquer norma a qualquer tempo.

A retirada do elemento lógico “tempo”, ao subordinar a estabilidade da decisão a futuro incerto e impreciso, esvazia e impede a consolidação da coisa julgada material e, portanto, tal ato atentatório fere a segurança jurídica, princípio impresso no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Por tais motivos, diversos juristas sustentam a inconstitucionalidade dos arts. 525,

§ 15, e 535, § 8º, do CPC/15¹⁵, com destaques à doutrina do Professor Luiz Guilherme Marinoni, que, ao analisar a presente questão, considerou que a redação dos mencionados dispositivos “só pode ser compreendida como resultado de uma inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar¹⁶”.

E ainda segundo a doutrina do Professor, “os juízes e tribunais não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescandível e insuperável inconstitucionalidade”, haja vista a nítida flexibilização de

¹⁴ DIDER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. V.1. Bahia: Editora Jus Podivm. 2019, pg. 499.

¹⁵ Por todos, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 251. ano 41.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 251. ano 41, pg. 297.

elemento basilar para o Estado de Direito como a coisa julgada, sucedâneo da segurança jurídica¹⁷.

Nesse paradigma, não existe outra interpretação cabível senão a que considera os dispositivos em análise como incompatíveis com o marco civilizatório inaugurado com a Constituição Federal de 1988 e com a própria lógica racionalizada no Código de Processo Civil vigente.

E, consoante será analisado no próximo tópico, não existe óbice que impossibilite a continuidade da execução dos títulos transitados em julgado em momento anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Para exemplificar, são utilizados como recorte os títulos judiciais de quintos e décimos incorporados pelos servidores públicos, cuja norma que assegurava o seu pagamento foi tida como incompatível com a Constituição pelo STF.

3. A INCORPORAÇÃO DOS QUINTOS E DÉCIMOS. A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DOS TÍTULOS EXECUTIVOS TRANSITADOS EM JULGADO ANTES DE 19.03.2015

3.1. A inexigibilidade do pagamento em momento contemporâneo à decisão do STF: uma construção da imediata resposta jurisprudencial

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o pagamento da rubrica denominada ‘quintos e décimos’, incorporados nos moldes da Medida Provisória n. 2.225-45/2001, aos servidores que exerceram cargos de função ou de confiança entre 08 de abril de 1998 e 05 de setembro de 2001 (Recurso Extraordinário n. 638.115/CE).

Antes da mencionada decisão, diversos processos haviam transitado em julgado no sentido de reconhecer o pagamento das parcelas mensais (trato sucessivo), bem como para condenar a União a ressarcir os decessos remuneratórios correspondentes ao montante retroativo não pago.

No julgamento, a Corte Suprema considerou inconstitucional a incorporação de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável (VPNI) sem que haja lei em sentido estrito que faça a sua regulamentação, por ferir o princípio da legalidade. O tema de repercussão geral do julgamento paradigma ficou assim sedimentado:

Ofende o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período de 8/4/1998 até 4/9/2001, ante a carência de fundamento legal. (Tema n. 0395. RE n. 638.115/CE, Relator Ministro GILMAR MENDES. DJe: 23/03/2015)

17 Ibidem.

Após a decisão de inconstitucionalidade do STF, a Fazenda Pública começou a tentar rescindir os mencionados títulos, via ação rescisória (art. 535, § 5º, CPC), ou buscar a inexigibilidade de seu pagamento (art. 535, § 8º, CPC), por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, com fulcro nos dois dispositivos polêmicos do CPC/15 delineados acima.

Contemporaneamente ao julgado paradigma, os Tribunais pátrios passaram a analisar os pedidos de modificação da coisa julgada, com fulcro na tese firmada pelo STF, cujo entendimento inicial constante da jurisprudência era o de acolher a tese de inexigibilidade:

ACÇÃO DE COBRANÇA. PARCELAS RETROATIVAS GARANTIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA TRANSITADO EM JULGADO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES COMISSIONADAS. RE 638.115. Autor que teve assegurado, por meio de sentença proferida em mandado de segurança, a incorporação dos quintos, pretendendo, na presente ação de cobrança, a condenação da Ré ao pagamento dos valores pretéritos. 2. O Plenário do col. STF, nos autos do RE 638.115, julgado em 19/03/15, decidido sob o regime de repercussão geral, firmou entendimento no sentido de não ser possível a incorporação de quintos/décimos aos vencimentos de servidores públicos federais no período compreendido entre 08/04/98 (Lei 9.624/98) e 05/09/01 (MP 2.225-45/01). 3. Assentou-se, naquele julgado, que a concessão de quintos somente seria possível até 28/02/95 (art. 3º, I, da Lei 9.624/98), enquanto que, no interregno de 01/03/95 a 11/11/97 (Medida Provisória 1.595-14/97), a incorporação devida seria de décimos (art. 3º, II e parágrafo único, da Lei 9.624/98), sendo indevida qualquer concessão após 11/11/97. (cf. Informativo 778) 4. Na ocasião, foram modulados os efeitos da decisão para desobrigar a devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até a data do julgamento, cessada a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente. 5. Inexistência de direito ao pagamento de retroativos de quintos, devendo ser julgado improcedente o pedido formulado na inicial. (TRF 5. Processo n. 08014105220144058000, AC/AL, Relator Desembargador Federal PAULO MACHADO CORDEIRO, 3ª Turma, DJe: 22/09/2015)

Em outro entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), foi acolhida a tese da Fazenda no sentido de se reconhecer a inexigibilidade do pagamento dos retroativos incorporados a título de quintos e décimos, sem a necessidade de ajuizamento de ação rescisória, consoante se verifica da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS NO PERÍODO DE 1998 A 2001. SUPERVENIÊNCIA DE ORIENTAÇÃO CONTRÁRIA DO STF (RE 638.115/CE). MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INEXIGIBILIDADE DAS

PARCELAS POSTERIORES AO JULGAMENTO DO RE 638.115/CE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC DE 1973. PROVIMENTO PARCIAL. 1. Nos termos do art. 471, parágrafo único, do CPC/1973, reputa-se inexigível o título fundado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso representativo da controvérsia (REsp 1.189.619), consolidou o entendimento de que, sendo o art. 741, parágrafo único, do CPC, norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, alcançando apenas às situações em que o título executivo estava fundado em norma que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado inconstitucional, em que se aplicou norma em situação tida por inconstitucional ou em que se aplicou norma com um sentido tido por inconstitucional, não se aplicando indistintamente a todos os casos em que aplicada orientação diversa daquela firmada pelo Pretório Excelso. 3. No caso da incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei nº 9.624/1998 e a vigência da MP 2.225-45/2001, pelo que se colhe do teor do acórdão proferido no RE 638.115/CE, com repercussão geral reconhecida (art. 543-B do CPC/73), a Corte Suprema firmou o entendimento de que não haveria suporte legal a embasar a incorporação de quintos até setembro de 2001, uma vez que, à míngua de disposição expressa, a MP 2.225-45/2001 não teria efeito repristinatório. 4. Embora não tenha sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal, foi aplicada norma em situação reconhecida pelo STF como inconstitucional, já que se entendeu que não havia base legal para a incorporação de quintos no período de abril de 1998 a setembro de 2001, com base na MP 2.225-45/2001, de modo que referida incorporação afronta o princípio da legalidade. 5. Assim, a interpretação conferida pelo Pretório Excelso no julgamento do citado representativo de controvérsia pode servir como fundamento para que, em sede de embargos à execução, seja alegada a inexigibilidade do título executivo judicial, nos termos do art. 741 do CPC. Nada obstante, necessário se observar a modulação dos efeitos da referida decisão, de modo a somente se considerar inexigível o título em relação aos valores que seriam devidos a partir de 19/03/2015 (data do julgamento do RE 638.115). 6. No caso concreto, como se trata de ação mandamental ajuizada em 27/11/2008, na qual o título executivo (datado de 15/02/2011), que determinou a incorporação da vantagem ainda não foi cumprido, forçoso reconhecer a inexigibilidade do título apenas em relação aos valores que seriam devidos a partir do julgamento do RE 638.115. 7. Apelação parcialmente provida, para reconhecer a inexigibilidade do título apenas em relação valores relativos ao período posterior 19.03.2015. (TRF5. Processo n. 2008.8.2000087825, Relator Desembargador Federal EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, DJe: 31/01/2017) (Grifos nossos)

É necessário destacar, sobretudo no último julgado, que, muito embora tenha sido reconhecida a inexigibilidade do pagamento dos

valores retroativos da incorporação da VPNI, cuja arguição deve ser feita em sede de embargos à execução, fica modulada temporalmente a data de julgamento do paradigma (19.03.2015) como termo inicial para o não pagamento. Dessa forma, continuam devidas as parcelas **anteriores ao mencionado marco temporal**, as quais já integralizaram o patrimônio jurídico dos jurisdicionados em respeito à coisa julgada.

Tal entendimento é de extrema valia, mesmo que a tese ora construída não concorde na integralidade com o resultado final do último julgado do TRF5, pois garante, ao menos, a viabilidade da reconstituição do patrimônio jurídico violado que seja anterior à decisão do STF.

Na mesma linha, o TRF1 começou a delinear seu entendimento, no sentido de considerar inexigível o pagamento de título judicial, mesmo que transitado em julgado em momento anterior, que tenha como fundamento central norma tida como inconstitucional pelo STF:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. RECEBIMENTO DA VANTAGEM NA VIA ADMINISTRATIVA. COBRANÇA DE DIFERENÇAS VENCIDAS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA EXECUÇÃO. APLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC DE 1973. EMBARGOS ACOLHIDOS.

(...)

2. O mandado de segurança foi impetrado em setembro de 2004, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a segurança, proferido em dezembro de 2007, **somente transitou em julgado em junho de 2010**. Desde janeiro de 2005 os servidores recebem, por força de decisão administrativa, o valor incorporado. A execução foi proposta apenas para reclamar valores vencidos e não pagos, na via administrativa, entre setembro e dezembro de 2004. (...)

4. No curso da execução sobreveio decisão definitiva, proferida pela Suprema Corte, no sentido de não se acolher a pretensão de incorporação de quintos após a vigência da Lei n. 9.624, de 1998, em acórdão adotado no regime de repercussão geral (RE 638115, Relator(a):

Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

5. A inexigibilidade do pagamento impugnado pela União encontra amparo no normativo processual vigente, posto que o art. 741, II e parágrafo único (atual art. 525, § 12, da Lei 13.105, de 16 de março de 2015) c/c art. 475-L, II, e § 1º, ambos do CPC de 1973, permitem, nos embargos à execução, a declaração de inexigibilidade da obrigação estampada no título se a soberana decisão do Supremo Tribunal for proferida nas hipóteses que mencionam. (...)

7. Por fim, observo que a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão, desobrigando a devolução dos valores recebidos pelos servidores até a data do julgamento – concluído no dia 19/03/2015, cessando, porém, desde essa data a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente. (...)

8. Embargos à execução acolhidos, para declarar a inexigibilidade do cumprimento da obrigação de pagar diferenças vencidas entre setembro e dezembro de 2004, a título de incorporação de quintos, com extinção da execução; custas e honorários advocatícios, pelos embargados. (TRF1. AMS 0042138-26.2014.4.01.0000/MG, Relator Desembargador Federal JAMIL ROSA DE JESUS, Primeira Seção, DJe: 05/10/2016)

Em que pese a obrigação de pagar constante no título considerado inexigível pelo TRF1 ser, e muito, anterior à decisão de inconstitucionalidade do STF (o primeiro de 2010 e a segunda de 2015), observa-se que os Tribunais pátrios vinham aplicando, de forma acrítica, os artigos pertinentes das leis processuais, sem interpretar a norma em consonância com o entendimento da ADI n. 2.418, o qual, frise-se, **exigiu que a decisão de inconstitucionalidade fosse anterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda.**

Em todos os casos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o STF foram instados a se manifestar sobre a presente controvérsia, por meio de Recursos Especial e Extraordinário, respectivamente, os quais estão pendentes de julgamento.

Em momento posterior, após o trabalho incisivo da advocacia para demonstrar a patente violação às normas constitucionais e infraconstitucionais nas decisões que julgaram inexigíveis os montantes condenatórios de quintos e décimos sem realizar o devido cotejo analítico crítico entre os fatos e as normas, houve um giro na jurisprudência pátria, consoante será devidamente analisado.

3.2. A preservação da coisa julgada diante da superveniente decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Instados a se manifestar sobre a controvérsia, é possível identificar entendimentos que destoam completamente das linhas de raciocínio delineadas nos julgamentos destrinchados no tópico anterior.

Como exemplo, o TRF4 firmou o seu entendimento sobre a matéria de maneira oposta aos julgados do TRF5, consoante se verifica das seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. DISCUSSÃO SOBRE A INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. PRECLUSÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS NA

DECISÃO QUE REJEITA A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCABIMENTO.

1. O título executivo (ação coletiva nº 2006.70.0013563-3) transitou em julgado na data de 08/12/2010. Por sua vez, a decisão do STF proferida no RE 638115, que entendeu pela inexistência do direito de incorporação dos quintos no período de abril de 1998 a setembro de 2001, foi proferida em 18/03/2015. Por conseguinte, é inaplicável ao caso o disposto no art. 535, § 5º, do NCPD, eis que a decisão proferida pelo STF é posterior ao trânsito em julgado do título executivo.

(...) (TRF4. 4ª Turma. Processo n. 5019642-89.2018.4.04.0000/PR. Relatora Desembargadora Federal MARGA INGE BARTH TESSLER. DJe: 01/08/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTODESENTENÇA.FAZENDAPÚBLICA.SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. QUINTOS/DÉCIMOS. INCORPORAÇÃO. RE 638.115. REPERCUSSÃO GERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA TR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora a decisão proferida pelo STF no RE 638.115 seja no sentido da inexistência do direito de incorporação dos quintos no período de 08/04/1998 a 04/09/2001, não caberia a relativização da coisa julgada, em decorrência do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, visto que o referido dispositivo legal tem natureza restritiva, só podendo incidir nas hipóteses ali previstas. (...) (TRF4. 3ª Turma Processo n. 5031943-05.2017.4.04.0000. Relatora: Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA. DJe: 24/10/2017)

Como se verifica, o acertado posicionamento do TRF4 está sedimentado no sentido de negar provimento aos instrumentos processuais que objetivam desconstituir a decisão rescindenda transitada em julgado em momento anterior à decisão de inconstitucionalidade pelo STF. Isso porque dar provimento à pretensão da Fazenda Nacional seria relativizar o instituto da coisa julgada, o que não é compatível em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A construção do conteúdo decisório do TRF4 se coaduna com a tese do presente artigo. Isso porque deve-se continuar ao cumprimento de sentença dos títulos executivos transitados em julgado até 19.03.2015 (data do julgamento pelo STF), por, pelo menos, 4 (quatro) eixos.

A primeira, e mais essencial, é a de que a estes títulos não pode ser aplicada a nova regra insculpida no art. 535, § 8º, do CPC/15, por proibição da própria norma processual civil. Afinal, é necessário que se preservem as situações jurídicas consolidadas antes da égide da nova lei processual, em estrita proteção à aplicação das leis no tempo e ao direito adquirido.

Assim, o art. 1.057 do CPC/15 legisla que “o disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado **após** a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em

julgado **anteriormente**, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹⁸.

Tal dispositivo visa a resguardar a **não aplicação de duas novidades que somente passaram a constar no CPC/15, em atenção à segurança jurídica, quais sejam: (i) a possibilidade de utilização dos instrumentos a partir da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa¹⁸; e (ii) a utilização da regra transitória de contagem do prazo para ajuizamento da ação rescisória¹⁹**. O seguinte quadro analítico explica a regra de direito transitório do art. 1.057 do CPC/15:

Direito transitório – Regra insculpida no art. 1.057 do CPC/15	
Decisão rescindenda transitada em julgado antes da vigência do CPC/15	Decisão rescindenda transitada em julgado após a vigência do CPC/15
Aplicam-se o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, do CPC/73.	Aplicam-se os arts. 525 e 535 do CPC/15 em sua integralidade.
A decisão de inconstitucionalidade deve ser feita pela via do controle <i>concentrado</i> (ARE n. 786.166).	A decisão de inconstitucionalidade pode ter sido proferida pela via de controle de constitucionalidade <i>difuso</i> ou <i>concentrado</i> .

Cumpre lembrar que a decisão do paradigma foi publicada (20.03.2015) na égide do CPC/73, o qual, em seu art. 741, parágrafo único, correspondia apenas à hipótese hoje prevista no art. 535, § 5º, do CPC/15, que exige a **anterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF para que se configure a inexigibilidade do pagamento do título²⁰**. Dessa feita, inexistem instrumentos processuais aptos a desfazer a coisa julgada material consolidada nos casos de títulos de quintos e décimos transitados em julgado até 19.03.2015, pois a estes casos a norma civil em vigência não pode retroagir para ferir o patrimônio jurídico adquirido pelos jurisdicionados, este conhecido por ato jurisdicional.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2016, pg. 2648.

¹⁹ DIDER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. V.5. Bahia: Editora Jus Podivm. 2017, pg. 548.

²⁰ Vale rememorar que no julgamento da ADI n. 2.418, o STF conferiu interpretação conforme ao art. 741, parágrafo único, do CPC/73, bem como estendeu a ratio decidendi aos dispositivos correspondentes no atual código, no sentido de delimitar que só são considerados inexigíveis os títulos que tenham: (i) aplicado norma tida como inconstitucional anteriormente pelo STF; (ii) não tenha aplicado norma tida como constitucional pelo STF; (iii) aplicado dispositivo da Constituição tido como não autoaplicável; (iv) deixado de aplicar dispositivo tido como constitucional e autoaplicável; e (v) tenha adotado base interpretativa tida como equivocada.

Feita essa primeira delimitação, é imperioso rememorar que a impugnação ao cumprimento de sentença [ou embargos à execução] só pode ter como fundamento para a declaração de inexigibilidade do título decisão do STF que declare norma inconstitucional em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, fato que originaria o fenômeno da coisa julgada inconstitucional originária. É inconcebível cogitar utilizar do mencionado instrumento processual para tentar rescindir a coisa julgada inconstitucional superveniente (que é a decisão consolidada em momento anterior ao julgamento do STF). Permitir seria um desprestígio ao juízo de constitucionalidade difuso realizado pelos Juízes e Tribunais, bem como uma afronta à pacífica jurisprudência da Corte Suprema sobre a matéria, sendo este o nosso segundo eixo.

O terceiro e último eixo consiste na impossibilidade de aplicação dos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/15, em razão da patente inconstitucionalidade material dos institutos. Como já delineado, a retirada lógica do elemento “tempo” das relações jurídicas, ao subordinar a estabilidade das decisões à **inexistência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF**, fere diametralmente balizas do Estado de Direito, sobretudo a segurança jurídica, a coisa julgada e o direito adquirido, bem como o próprio princípio da confiança e da boa-fé objetiva, sem os quais não há se falar em desenvolvimento democrático.

4. CONCLUSÃO

A coisa julgada é pilar fundamental na construção da jurisdição e na formação do Estado de Direito por ser núcleo essencial da *segurança jurídica*. O Código de Processo Civil de 2015, ao regulamentar a ação rescisória em seus arts. 525, § 15, e 535, § 8º, subordinou o elemento lógico “tempo” a evento futuro incerto, qual seja: o controle de constitucionalidade realizado pelo STF. É sabido que a nova legislação processual visa a prestigiar os precedentes de Tribunais Superiores, mas isso não pode ser feito de forma acrítica e com instrumentos que atentem aos princípios e regras Constitucionais.

De toda forma, o art. 1.057 do CPC/15 delineia regra de direito transitório e não permite a aplicação retroativa dos mencionados institutos àquelas decisões transitadas em julgado antes da vigência da nova legislação. Como aqui a proposta é analisar a viabilidade de execução dos títulos de quintos e décimos transitados em julgado até 19.03.2015, não incide as novas regras delineadas nos arts. 525 e 535 do CPC/15, mas tão somente as dispostas nos arts. 475-L e 741, *parágrafo único*, do CPC/73.

Daí é lembrar que, nos termos da jurisprudência pacífica do STF, só é possível a utilização dos institutos de rescisão para desfazer a coisa julgada

inconstitucional *originária que é aquela firmada em momento posterior ao julgamento do STF*. Nos casos em que houve a concretização da coisa julgada inconstitucional *superveniente – ou seja, antes da decisão do STF – o prejudicado poderá ajuizar ação rescisória, cujo prazo bienal decadencial inicia-se após o trânsito em julgado material da decisão rescindenda*.

Mesmo que esse não fosse o entendimento do STF, deve-se ter a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/15, pois a sua existência fere diametralmente balizas do Estado de Direito, sobretudo a segurança jurídica, a coisa julgada e o direito adquirido, bem como o próprio princípio da confiança e da boa-fé objetiva, sem os quais não há se falar em desenvolvimento democrático.

5. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. Revista Jurídica, ano 50, no 301, p. 7- 27, nov. 2002. CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso. A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC.

DIDER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. V.5. Bahia: Editora Jus Podivm. 2017.

DIDER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. V.1. Bahia: Editora Jus Podivm. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 251. ano 41, pg. 297.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2016.

A REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY A PARTIR DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

Lidiane Souza dos Santos¹

RESUMO

Este artigo pretende utilizar a abordagem da Teoria da Escolha Pública (TEP) para explicar, em linhas gerais, a formação e o funcionamento dos grupos de pressão nas democracias pluralistas e o motivo pelo qual o *lobbying* é objeto de regulamentação. A partir de breve revisão da TEP, dos princípios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do relato de experiências na normatização do *lobby*, conclui-se pela regulamentação direta das atividades lobistas no Brasil, mas com mecanismos que não dificultem o acesso de grupos com menos recursos à arena política. O trabalho recorre metodologicamente à pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Grupos de interesses; Grupos de pressão; Regulamentação do *lobby*; Escolha Racional; Escolha Pública.

ABSTRACT

This article intends to use the approach of the Public Choice Theory (PC) as a referential to explain, in general terms, the development and the functioning of pressure groups in pluralistic democracies and the reason of why lobbying has been regulated. Based on a brief analysis of PC, of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) principles' and on the report of lobbying regulations experiences', it concludes that lobbying regulation must be regulated in Brazil but with mechanisms which do not hinder the access of groups with fewer resources. In terms of methodology, this work resorts to bibliographical research.

KEYWORDS: Interests groups; Pressure groups; Lobbying regulation; Rational choice; Public choice.

INTRODUÇÃO

A regulamentação do *lobby* tem sido objeto de grande discussão no Brasil nos últimos anos, em virtude da associação de grupos de pressão, políticos e funcionários públicos a atividades criminosas. Entretanto, a

¹ Bacharela em Ciência Política e em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).
Graduanda em Direito pela UnB.

prática é legítima e natural em regimes democráticos, posto que é o meio pelo qual os grupos de pressão postulam seus interesses no processo de tomada de decisões coletivas. O exercício desse direito em um ambiente democrático saudável, honesto e transparente maximiza a eficiência das políticas públicas (FAHRAT, 2007).

Assim, Santos (2007, p. 473) afirma que

o desenvolvimento da sociedade civil reclama a institucionalização de mecanismos destinados a promover a participação, assegurar a isonomia no acesso aos canais decisórios, assim como permitir que a atuação dos *lobbies* se dê de forma transparente, sujeitos ao controle e monitoramento da própria sociedade.

O presente trabalho pretende contribuir, ainda que de forma sumária, para o estudo da formação dos grupos de pressão, seus mecanismos de funcionamento e a necessidade de regulamentação de suas atividades em democracias pluralistas. Como referencial teórico de análise, adota-se a Teoria da Escolha Pública (TEP) para explicar a racionalidade coletiva do processo decisório na esfera pública bem como o papel das instituições. A partir daí, o artigo perpassa a experiência estadunidense de regulamentação e faz referência às iniciativas legislativas brasileiras.

Do ponto de vista metodológico, o artigo recorre à pesquisa bibliográfica e à palestra de Salim Jorge Saud Neto na Conferência *Compliance e lobby* - a nova era de negócios no Brasil, promovida pela Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) em agosto de 2016.

1. CONCEITOS

O uso do termo *lobby*, com o sentido de defesa de interesses perante autoridades governamentais, surgiu nos Estados Unidos e no Reino Unido como referência ao vocábulo da língua inglesa que dá nome a antessalas e a entradas de prédios públicos e hotéis, nas quais os agentes dos grupos de pressão abordavam os membros do poder público para apresentar seus pleitos (FAHRAT, 2007).

Dessa forma, necessário se faz discorrer sobre os termos que serão empregados neste trabalho, com o fim de se evitar imprecisões conceituais. O uso do termo grupos de interesse foi cunhado por Truman (1971) para se referir a quaisquer grupos que articulam interesses. Para Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998) a expressão é adequada apenas para grupos que se encontram na etapa anterior aos grupos de pressão, ou seja, para enquadrar agremiações em que não há engajamento político suficiente para influenciar os tomadores de decisão. Nesse sentido, os italianos conceituam grupos de pressão como

aqueles grupos organizados que, embora tendo em mira influenciar sobre a distribuição dos recursos numa sociedade, seja para mantê-la sem alteração, seja para introduzir mudanças em seu favor, não participam diretamente do processo eleitoral e por isso mesmo não estão interessados em gerir *in proprio* o poder político, e sim aproximar-se dele com facilidade e frequência e a influenciar as opções. (1998, p. 565)

Ressalte-se que a expressão *in proprio* refere-se à negativa da intenção dos grupos de pressão de se tornarem partidos políticos. Continuando o raciocínio, os autores definem *lobbying* como

Processo por meio do qual os representantes dos grupos de interesse, agindo como intermediários, levam ao conhecimento de legisladores ou dos *decison-makers* os desejos dos seus grupos. *Lobbying* é, portanto, e sobretudo, uma transmissão de mensagens do grupo de pressão aos *decison-makers*, por meio de representantes especializados (em alguns casos, como nos Estados Unidos, legalmente autorizados), que podem ou não fazer uso da ameaça de sanções (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 563-564).

Fahrat, por sua vez, conceitua o *lobby* como “toda atividade organizada, exercida dentro da lei e da ética, por um grupo de interesses definidos e legítimos, com o objetivo de ser ouvido pelo poder público para informá-lo e dele obter determinadas medidas, decisões, atitudes” (2007, p. 50).

O autor afirma, ainda, que o termo também é utilizado em dois sentidos, quais sejam, um restrito, mais preciso, que diz respeito à influência nas decisões governamentais por meio de agentes que têm por objetivo levar as autoridades a fazer ou deixar de fazer algo em prol dos interesses defendidos pelo cliente, e um sentido amplo, que indica todo o trabalho lícito feito para influenciar decisões governamentais (2007, p. 51).

Apesar das nuances conceituais, os conceitos correntes encontrados na literatura apontam para o *lobbying* como a maneira organizada pelos grupos de interesse para influenciar decisões. Vale salientar que, no Brasil, as expressões “relações institucionais” e “relações institucionais e governamentais” têm sido utilizadas como sinônimos do *lobby*.

2. TEORIA

A fim de se entender o comportamento dos atores envolvidos no *lobbying*, utilizar-se-á a abordagem da Teoria da Escolha Racional (TER). Tal teoria considera a “ação individual, a partir de motivações autônomas e racionais, considerando as instituições (ou regras) como os elementos informativos das opções disponíveis para as escolhas individuais”

(CAMPOS; BORSINI; AZEVEDO, 2016, p. 101). Assim, a Escolha Racional procura explicar o comportamento social ou coletivo a partir de ações individuais, tendo em vista que os indivíduos agem racionalmente, ou seja, de acordo com suas preferências.

Os seguintes aspectos para a tomada de decisões são enfatizados:

0. Incentivos e constrangimento institucionais;

a. Disparidade de informações e de preferências entre as pessoas;

b. Benefícios individuais *versus* benefícios coletivos.

O desdobramento dessa teoria na esfera pública será estudado a seguir, sob a ótica de alguns dos principais expoentes teóricos.

2.1. TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

A Teoria da Escolha Pública (TEP), ou *Public Choice*, tem como grande marco teórico a obra “*Calculus of Consent - Logical Foundations of Constitutional Democracy*” de James Buchanan e Gordon Tullock, publicada em 1962. Seu objeto de estudo é a complexa relação entre a racionalidade individual e coletiva no campo político, uma vez que, para os autores, o comportamento predominantemente egoísta do sujeito no mercado perdura na esfera pública, ao contrário da ideia vulgar de que, em se tratando de política, os representantes do povo deixariam seus interesses pessoais de lado e passariam a perseguir um interesse pretensamente público, assumindo uma postura altruísta.

A TEP considera os indivíduos como seres racionais, ou seja, agentes que estão sempre em busca de maximizar sua utilidade nas duas esferas. Pondera, porém, que os dois sistemas de tomada de decisões - esfera pública e esfera privada - são consideravelmente distintos. Assim,

as preferências individuais estabelecidas nos termos da teoria da escolha racional, aqui expostos, em um espaço definido por regras, formais e informais, que aqui orientam os procedimentos de decisão coletiva, resultam em escolhas coletivas. Nesse processo, os resultados coletivos derivados dessas escolhas podem não ser consistentes com as preferências individuais, diferentemente do que acontece com as escolhas individuais, onde essa inconsistência não é possível pelo postulado da transitividade das preferências incluído na definição de racionalidade individual. (CAMPOS;

BORSINI; AZEVEDO, 2016, p. 106)

Para explicar tal inconsistência, Souza (1996) afirma que Buchanan considera que todo indivíduo admite ser vantajoso organizar-se em atividade coletiva quando acredita que sua utilidade irá aumentar. Isso ocorreria de duas formas: 1) a ação coletiva eliminaria custos externos impostos pelas ações privadas de outros indivíduos; e 2) a ação coletiva

é vista como um meio para assegurar benefícios que não seriam obtidos pelo comportamento individual puro. Assim, os custos externos explicam a opção dos indivíduos por se organizarem coletivamente e a única forma de assegurar a diminuição de eventuais custos é por meio do emprego da regra de unanimidade.

Sobre tal regra, Bernabel (2009, p. 31) afirma que se trata

de uma decisão sobre custos e, portanto, de eficiência. Como a única maneira de se garantir que um custo imposto ao indivíduo não seja externo a ele é seu próprio consentimento, a TEP sugere que a primeira escolha, a escolha sobre as regras, deve ser tomada sob a regra da unanimidade. Embora esta regra tenha um custo alto de tomada de decisão, dada a dificuldade de se chegar a um consenso, os indivíduos a aceitariam se percebessem que seus ganhos seriam maiores que suas perdas.

Prossegue o autor:

Com a idéia de uma regra de unanimidade e de indivíduos maximizadores de utilidade em mente, podemos passar a entender a política como um processo de troca, ao invés de um processo de interação através do poder. Isso porque tal regra garante ganhos mútuos às partes, constituindo um jogo de soma positiva, ao passo que se tratarmos a política como um processo de interação através do poder, teremos um jogo de soma zero, pois o poder de um implica a ausência de poder de outro sobre uma questão. Isso não quer dizer que jogos de soma zero estejam excluídos dessa perspectiva, mas que agora podemos tratar dos processos políticos cooperativos. (BERNABEL, 2009, p. 32).

Ao se analisar a arena política sob essa perspectiva, percebe-se que quando os indivíduos têm preferências em escalas diferentes, soluções melhores serão obtidas a partir do *logrolling*, ou processo de barganha, onde indivíduos podem abrir mão de seu posicionamento sobre determinada pauta para assegurar votos em outros temas também de seu interesse. Dois fatores, então, merecem destaque na TEP: o problema da assimetria de informações e do papel das instituições para a Escolha Pública.

2.1.1. A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

O ponto crucial do processo de tomada de decisão é a informação: o conhecimento é fundamental para as boas escolhas do decisor (QUIRINO, 2018, p. 968). A TEP parte do princípio de que o indivíduo pesquisa melhor suas opções quando vai tomar uma decisão como consumidor, tendo em vista que as escolhas no mercado têm impacto direto e considerável em sua vida. No entanto, o fenômeno não ocorreria na esfera pública, já que o reflexo da escolha é distante de sua realidade.

No caso do processo eleitoral, por exemplo, o indivíduo tem a percepção de que seu voto individual tem pouco impacto nos representantes e nas políticas adotadas. A limitação de conhecimento em assuntos gerais, no entanto, é contrastada com o conhecimento que os indivíduos têm sobre interesses específicos.

Para Buchanan, é esta assimetria de informações que gestará o grupo de interesse, tendo em vista o comportamento esperado dos cidadãos de direcionarem suas preferências para pautas específicas afetas ao seu cotidiano e que impactem em maior grau suas vidas (CAMPOS; BORSINI; AZEVEDO, 2016). Conforme Quirino (2018, p. 968), para Tullock, este é o próprio conceito de pessoas bem informadas a respeito de um assunto em específico.

2.1.2. INSTITUIÇÕES

Para Campos, Borsini e Azevedo (2016), o papel das instituições é fundamental para a racionalização do processo político, tendo em vista a impossibilidade de escolhas estáveis a partir de um agregado de racionalidades individuais. Para os autores,

a escolha racional ganha em qualidade quanto mais institucionalizados forem os mecanismos disponíveis aos atores, em um cenário no qual as normatizações proporcionam maior previsibilidade na tomada de decisões, sejam elas individuais ou coletivas. A solução para os conflitos da ação coletiva poderia se ancorar, segundo essa interpretação, na institucionalização de processos virtuosos ou adequados de comportamento social (p. 107).

Nesse sentido, prosseguem, citando Elster:

A fim de reforçar a importância dessas afirmações convém observar que a associação entre regras e comportamento será tanto mais evidente quanto mais perceptível aos atores for a correspondência entre ação e resultados. Assim, torna-se inevitável aos jogadores a seguinte associação: regras que causam comportamento que geram resultados. Então, conhecendo as regras e os resultados a elas associados, é racional aos jogadores a adequação de suas estratégias de modo a maximizar os resultados, mesmo quando se desconsideram os ganhos percebidos no presente por vantagens esperadas no futuro (p. 107).

Assim, podemos dizer que as instituições, na perspectiva da TEP, são compreendidas a partir de duas interpretações: como regras ou estruturas de um jogo, no qual se definem os atores, as possibilidades de ação e as informações necessárias para a tomada de decisão, ou como estrutura que dá “os parâmetros de interação entre os agentes como elementos passíveis de modificação.” (RIBEIRO,

2012, p. 95-96). O modelo assume, então, que as instituições afetam o comportamento dos atores.

2.2. TEORIA DOS GRUPOS DE PRESSÃO POR GARY BECKER

Conforme Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998), a sistematização do que se convencionou chamar Teoria dos Grupos ocorreu com a publicação da obra *The process of Government*, de Arthur Bentley, na qual a sociedade é composta por grupos, e estes, por sua vez, são integrados por indivíduos que integram vários grupos, pois seus interesses são múltiplos. Belo (2003, p. 57) em crítica à abordagem eminentemente economicista da obra de Bentley, afirma que os trabalhos que se seguiram foram uma “reação não só ao individualismo atomístico dos liberais clássicos, como também a uma espécie de psicologismo simplista que se propunha a tratar os fatos políticos - em termos de ideias e ideais humanos - sem uma teoria adequada do comportamento político.”

Gary Becker, como um dos sucessores, formulou uma teoria dos grupos de pressão que incorporou o estudo do comportamento dos grupos de interesses e de pressão aos modelos econômicos para explicar a dinâmica política, utilizando a abordagem da TEP. Os dois trabalhos principais que tratam do tema foram publicados em 1983 e 1985, a saber “*A theory of competition among pressure groups for political influence*” e “*Public policies, pressure groups and dead weight costs*”.

A teoria formulada por Becker afirma que todos os grupos buscam utilizar sua influência política para maximizar o bem-estar de seus membros. A competição entre eles pela influência política determina o equilíbrio da estrutura de taxas, subsídios e outros favores políticos (Becker, 1983, p. 372).

A influência política, por sua vez, não é determinada simplesmente pelo processo político, mas pode ser mensurada também pelo tempo e pelo dinheiro gasto nas contribuições de campanha, publicidades e outros mecanismos que exercem pressão política. Já o equilíbrio político tem a propriedade de que todos os grupos buscam maximizar seu investimento pela aplicação ótima de pressão política, considerando a produtividade de seus gastos e o comportamento de outros grupos. Por conveniência analítica considera-se que cada grupo age como se seus custos não fossem afetados pelos custos de outros grupos. (Becker, 1983, p. 372).

Disso decorre a Equação do Orçamento Governamental, onde a alteração na influência política de determinado grupo que afete impostos e subsídios obrigatoriamente resultará na alteração de influência de outros grupos, e nos impostos e subsídios pagos/recebidos por eles. Porém, os grupos não ganham ou perdem completamente a competição

pela influência política porque mesmo os grupos altamente taxados podem aumentar sua influência e cortar impostos pelo aumento de custos com atividades políticas. Isso contrasta com o “ganha tudo, perde tudo” utilizado por outros modelos de comportamento político, onde a maioria claramente ganha e a minoria perde (Becker, 1983, p. 372-373).

O raciocínio de Becker, em suma, diz que impostos, subsídios e outros instrumentos são usados para aumentar a influência política e que os grupos de pressão competem entre si, em um contexto de regras que podem consistir em regulamentos e/ou em práticas sociais e políticas. O autor chega a algumas conclusões importantes para a regulamentação do lobby, conforme elucidado por Machado (2016, p. 14):

- A pressão se materializa, economicamente, na maximização de subsídios recebidos e na minimização de impostos pagos;
- Políticos são apenas veículos dos grupos de pressão e agirão buscando sua própria viabilização política, posicionando-se a favor do(s) grupo(s) que têm maiores condições de exercer pressão;
- A intensidade da pressão é diretamente proporcional aos recursos disponíveis e à homogeneidade de interesses dos membros dos grupos;
- A influência é um jogo de soma-zero: quando um grupo competindo por influência política aumenta seu espaço, o(s) outros (s) competidores perdem espaço político;
- O peso-morto produzido pela tributação oferece um incentivo natural aos grupos de pressão que têm de arcar com esses impostos;
- A dinâmica de influências e de pressões políticas é importante para a construção de mecanismos eficientes de tributação e de políticas de subsídios.

3. A REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY

Após breve revisão da Teoria da Escolha Pública, verifica-se que, para essa Escola, a dinâmica de formação dos grupos de pressão na sociedade é inerente às democracias, tendo em vista a assimetria de informações que permeia o processo decisório no âmbito público. As conclusões de Becker, no entanto, nos levam a outro aspecto trabalhado pela TEP: o papel das instituições na condução dos limites ao *lobbying*, aqui entendidas em sentido amplo, dessa maneira, não somente como organizações formais, mas também sob a forma de outros fenômenos políticos, como normas e comportamentos.

Nesse contexto, sob a perspectiva neo-institucionalista², as leis são instituições de extrema validade, disciplinando as formas de relacionamento no âmbito da sociedade e regulando o sistema de trocas nelas existentes e a própria ação social. Santos e Cunha (2015) afirmam que as discussões sobre a regulamentação do lobby se desenvolveram, nas democracias liberais por duas questões principais: 1) as vantagens injustas que o *lobby* profissional leva no processo político em relação àqueles que não têm recursos para profissionalizar suas atividades ou contratar lobistas para representar seus interesses; e 2) a percepção amplamente compartilhada sobre as condutas antiéticas dos lobistas e dos agentes públicos quando em interação política.

Nesse sentido, o argumento que se passará a explorar é a regulamentação das atividades dos grupos de pressão como tentativa institucional de maximizar o bem-estar da sociedade em geral, impondo condutas e padrões éticos de comportamento e dando transparência às informações para que se mensure o real alcance das atividades dos grupos de pressão na formulação e implementação de políticas públicas e na atividade legislativa.

3.1. O QUE SIGNIFICA REGULAMENTAR O LOBBY?

A legitimidade para a atividade lobista decorre do direito de petição, consagrado no art. 5º, XXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que assegura aos cidadãos brasileiros «o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder». Dentro de tal conceito, Mendes e Branco (2016) afirmam que se deve «compreender a reclamação dirigida à autoridade superior com o objetivo idêntico, o expediente dirigido à autoridade sobre a conduta de um subordinado, como também qualquer pedido ou reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público.»

Na disciplina específica do processo legislativo, o art. 58, §2º, inciso IV, da CRFB, determina que as comissões das Casas do Congresso Nacional deverão “receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas.”

Nesse sentido, como instrumento democrático de representação de interesses e como decorrência de direito fundamental, o lobby é natural dos regimes democráticos representativos, tendo em vista o direito constitucional de defesa de interesses e/ou ideias.

² Sob a perspectiva da teoria institucionalista da Escolha Pública, que se interessa “pelos mecanismos institucionais pelos quais principais podem exercer controle sobre a atividade e a obediência de seus agentes. (HALL; TAYLOR, 2003, p. 203).

No entanto, em virtude da linha tênue entre práticas lícitas e ilícitas que permeiam a atividade dos grupos de pressão na busca pela satisfação de seus pleitos juntos às autoridades públicas, há a necessidade de que o Estado estabeleça parâmetros claros para a atuação dos agentes públicos e dos profissionais de relações institucionais e governamentais.

A regulamentação do lobby, então, significa o disciplinamento da atividade dos grupos de pressão para influenciar a tomada de decisões governamentais, a atividade legislativa e a formulação de políticas públicas. Uma legislação satisfatória, por sua vez, deve promover a atuação ética e lícita dos grupos de pressão, diminuindo o espaço para o cometimento de crimes por parte dos agentes públicos e privados. Para ser efetiva, deve considerar, ainda, a diversidade de atores que atuam em diferentes frentes do processo decisório nos três poderes.

Para tanto, a partir da experiência de diversos países, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estabelece parâmetros básicos para potencializar a efetividade e o alcance da regulamentação, que serão estudados a seguir.

3.2. PARÂMETROS DA OCDE

3.2.1. TRANSPARÊNCIA

De acordo com a definição da OCDE, a transparência “expõe ao público os processos de tomada de decisões governamentais” e constitui “um meio de assegurar à sociedade que as autoridades estão trabalhando honestamente, em prol dos interesses da comunidade, e um incentivo para aqueles que buscam trabalhar de acordo com as leis”.

Observa-se que as normas já existentes em outros países apresentam vários pontos em comum relacionados ao princípio da transparência: cadastro de lobistas, lista de contatos realizados, relatórios de gastos com a atividade etc. Dessa forma, a informação fica disponível para toda a sociedade e os cidadãos podem mensurar o impacto das atividades dos grupos de pressão nas decisões tomadas pelos agentes públicos. Rodrigues (2015, p. 1147), citando Furnas, afirma que “a transparência não resolve tudo, mas faz o mercado de interesses concorrentes funcionar melhor e, ao assim fazer, ajuda a gerar incentivos para que os políticos promovam resultados que respondam aos apelos da população”.

3.2.2. INTEGRIDADE

Integridade diz respeito à confiança e à retidão, e, no concernente às atividades de relações institucionais, está ligada à conduta ética e prova que se espera da atuação dos profissionais da área e das autoridades

governamentais. Para a OCDE, a integridade e a transparência estão intimamente relacionadas, na medida em que a primeira só pode ser mensurada por meio da segunda. Dessa forma, as legislações devem estabelecer códigos de conduta e parâmetros de atuação tanto para os profissionais do *lobby* quanto para os agentes públicos.

3.2.3. EFICÁCIA

Os dispositivos regulamentadores do *lobby* devem prever sanções para o desrespeito às previsões legais e para práticas consideradas ilícitas, sob pena de serem consideradas pouco efetivas. Quando os três fatores não atuam em conjunto, a legislação corre o risco de se tornar inadequada e não atingir seus objetivos.

Santos e Cunha (2015), analisando a experiência de outros países na regulamentação, afirmam que se observa três diferentes práticas regulatórias. A primeira é a legislação indireta, geralmente na forma de decretos e resoluções, composta de códigos de conduta e ética destinados a agentes políticos e funcionários públicos. A segunda prática diz respeito a legislação específica que regule diretamente a atividade lobista. A última consiste na autorregulação, em que os códigos de conduta são definidos por todos os envolvidos na atividade de representação de interesses.

Os autores afirmam que a prática comum é a combinação dos dois ou dos três tipos de regulamentação. A seguir, será feito um breve resumo das experiências de regulação dos Estados Unidos da América (EUA) e do Brasil.

4. MARCOS REGULATÓRIOS

4.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os primeiros esforços legais para regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos remontam ao século XIX. Após a crescente influência de grupos de pressão no processo legislativo de todo o país - e da prática contumaz dos crimes de tráfico de influência e corrupção -, a partir de 1870, a pressão por legislação que regulamentasse a atividade dos lobistas aumentou. Assim, em 1876, uma Resolução da Câmara dos Deputados exigia que lobistas ativos na casa naquele ano se registrassem. O ato, no entanto, não teve continuidade. Houve, também, registros de estados da federação que tentaram proibir a atividade lobista no mesmo período, mas as leis não foram eficientes para barrar o fenômeno.

Já no século XX, o assunto tomou grande repercussão quando da votação do *Public Utilities Holding Companies Act* em 1935, que tratava da regulamentação da concessão de energia elétrica. Em virtude da

quantidade de telegramas recebidos pelos congressistas acerca do projeto, iniciou-se uma investigação sobre o caso e apurou-se que os lobistas agiram para que os cidadãos das bases eleitorais dos congressistas contactados encaminhassem as cartas, sob sua direta influência, para tornar a legislação mais benéfica para as empresas. Como resultado da conduta antiética, exigiu-se que os agentes das concessionárias de serviços públicos se registrassem no Congresso.

A partir desse momento, sucedeu-se uma série de regulamentos que obrigavam o registro dos agentes de algumas categorias de grupos de pressão, destacando-se o *Foreign Agents Registration Act*, de 1938, que determinava a obrigatoriedade de registro de profissionais que trabalhavam em nome de interesses estrangeiros. Inicialmente, a preocupação estadunidense era com o nazismo e, após a 2ª Guerra Mundial, com o comunismo. Ainda vigente, a preocupação atual se concentra nos interesses comerciais dos EUA, de modo a tentar controlar a influência estrangeira na legislação e na formulação de políticas industriais e comerciais estadunidenses..

Em 1946, o *Federal Regulation of Lobbying Act* reconheceu o *lobby* como atividade lícita, obrigando o registro dos agentes e a publicação de seus gastos. A regulação sofreu severas críticas ao longo dos anos, especialmente com relação à limitação de registro aos agentes que contactassem os agentes políticos - congressistas, ministros de estado, etc - mas não seus funcionários, ainda que de alta hierarquia. Até a sua revogação, vários escândalos de corrupção, proveniente do trabalho de lobistas, foram revelados.

O *Lobbying Disclosure Act*, de 1995, por sua vez, fortaleceu as exigências. O contato com os agentes políticos do Executivo, a saber, Presidente, Vice-Presidente e Ministros de Estado, com qualquer funcionário da Presidência, independentemente da hierarquia, Oficiais Superiores das Forças Armadas, funcionários de alta hierarquia da administração pública e qualquer servidor público com acesso a informações confidenciais e que participa da elaboração de políticas públicas só pode ser feito por meio de agentes registrados.

Com relação ao Poder Legislativo, a regra alcança, além de deputados e senadores, funcionários de alta hierarquia, dos gabinetes, das comissões parlamentares, dos escritórios de lideranças, de grupos de trabalho e das comissões não formais (ruralistas, por exemplo, que possuem verbas e funcionários designados).

A legislação define, ainda, o que é *lobby*, abrangendo os contatos com os agentes públicos e os esforços realizados para esses contatos,

incluindo pesquisas prévias e a coordenação com o trabalho de outros lobistas. Tal dispositivo é importante pois os custos que serão declarados devem englobar a atividade preparatória. Por contato, os estadunidenses entendem qualquer comunicação escrita (inclusive e-mail) ou oral para um agente público feita em nome de um cliente referente a formulação ou modificação de leis federais, formulação ou modificação de normas regulamentadoras, contratos, empréstimos, concessões, confirmações de nomeações pelo Senado dentre outras. Excluem-se desse rol, dentre outras, contatos feitos por Igrejas, comunicações durante investigações judiciais ou administrativas, artigos e discursos para o público em geral, respostas a questionamentos governamentais e chamamentos a audiências públicas.

O registro do agente nas Casas Legislativas deve ocorrer dentro de 45 (quarenta e cinco) dias após a contratação pelo cliente ou do contato realizado com qualquer dos funcionários descritos na lei, e deve conter os dados dos lobistas, dos clientes, de terceiros que não são clientes, mas que contribuíram com mais de 10 mil dólares para as atividades, informações genéricas sobre os assuntos que serão tratados nas atividades de *lobbying* e as posições defendidas, os nomes de cada agente envolvido e se detinham função pública nos 2 anos anteriores ao início do trabalho, dentre outras exigências.

Além disso, os agentes devem enviar relatórios semestrais com a atualização dos dados acima, com informações dos órgãos públicos contactados e os assuntos específicos tratados, com referência a projetos de lei ou políticas públicas, lista dos agentes que atuaram como lobistas, informações sobre os interesses de terceiros (que não são clientes mas podem ter interesse na atuação) e, dentre outras exigências, a estimativa dos valores totais despendidos com as atividades (almoços, jantares, pesquisas, trabalhos técnicos).

Entretanto, a lei mostrou-se insuficiente para conter os abusos éticos e os crimes cometidos a partir da relação entre lobistas e agentes públicos. Em 2005, um enorme esquema de corrupção liderado pelo lobista Jack Abramoff, ligado ao Partido Republicano, para a liberação da exploração de cassinos e jogos de azar em terras indígenas, foi revelado. Como resposta, o Congresso aprovou, em 2007, o *Honest Leadership and Open Government Act*, ampliando a obrigação legal de transparência das contas prestadas pelos lobistas e tentando abarcar, diretamente, os gastos com campanhas eleitorais que pudessem influenciar o comportamento do candidato vencedor (Rodrigues, 2012). A nova lei regulou os gastos com campanhas eleitorais, proibiu presentes, estabeleceu a chamada

“quarentena” para agentes que deixem cargos públicos e sanções civis e criminais.

Rodrigues (2012) aponta que o princípio norteador da legislação estadunidense tem sido o da transparência, e que não se observa movimentação no sentido de se restringir a atividade lobista, mas tão somente monitorá-la para que os excessos sejam coibidos. Porém, muitas são as críticas sobre o alcance da legislação e as brechas utilizadas pelos lobistas para driblar as exigências legais, processo que privilegia grupos de pressão com maiores recursos disponíveis:

Assim, vê-se que a regulamentação do *lobby* nos Estados Unidos, ao longo da história política do país, não tem se caracterizado pela busca de um ideal igualitário de equilíbrio pluralista, no qual os mais diversos grupos da sociedade civil teriam chances iguais de influenciar os rumos das políticas públicas. Como bem afirma Thomas (1998, p. 504), “as leis de *lobby* e os dispositivos a elas relacionados têm sido produzidos como reação a escândalos, abusos no processo político e a mudanças de atitude de políticos ou do público concernente à conduta do governo à luz de alguma vaga visão do processo democrático populista”. (RODRIGUES, 2012, p. 92)

4.2. BRASIL

4.2.1. REGULAMENTAÇÃO INDIRETA

Até o momento, o Brasil preferiu a adoção da regulação indireta da interação entre agentes públicos e privados e vários diplomas tratam de princípios e condutas a serem observadas bem como de sanções cíveis, administrativas e penais a serem aplicadas em caso de descumprimento. Destacam-se, dentre outros, os seguintes normativos: Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Congresso Nacional, Decreto nº 1.171/94 - Código de Ética do Servidor Público, Código de Conduta da Alta Administração Federal, Lei nº 12.527/11 - Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.813/13 - Lei de Conflito de Interesses e Lei nº 12.846/13 - Lei da Empresa Limpa, estas duas últimas, no que se refere à temática deste trabalho, objeto de breve análise a seguir.

4.2.2.1. LEI DE CONFLITO DE INTERESSES

A Lei nº 12.813/13, como sua própria descrição indica, dispõe sobre os conflitos de interesse envolvendo todos os ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo cujo exercício proporcione acesso a informações privilegiadas capaz de ensejar vantagem econômica ou financeira indevida a agente público ou terceiro. Nóbrega (2015) afirma

que as disposições, que se referem literalmente a atos de governo, em análise sistemática, se aplicam a todos os poderes da República.

A lei conceitua conflito de interesse, informação privilegiada e estabelece as situações que configuram conflito de interesses durante e após o exercício de cargo ou emprego. Para Nóbrega (2015), no que diz respeito a grupos de pressão, tais disposições serão úteis em eventual regulamentação da atividade de lobistas de forma a proteger a informação privilegiada.

4.2.1.2 LEI DA EMPRESA LIMPA

A Lei nº 12.846/13, também conhecida como Lei da Empresa Limpa (LEL), dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Naquilo que interessa ao *lobbying*, a norma responsabiliza as pessoas jurídicas que, agindo em benefício próprio, praticam ato lesivos à administração e ao patrimônio públicos. As condutas que se enquadram como atos lesivos estão previstas no art. 5º, sendo que o disposto nos incisos de I a III, para Nóbrega, também se dirigem às atividades do grupo de pressão,

já que consideram ato lesivo à Administração Pública prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; ou, comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou, de qualquer forma, subvencionar práticas ilícitas, assim como utilizar-se de outras pessoas para ocultar ou dissimular interesses ou a identidade de quem usufrui de atos irregularmente praticados.

4.2.2 REGULAMENTAÇÃO DIRETA

As primeiras iniciativas legais para regulamentação direta do *lobby* no Brasil datam da década de 1970. Rodrigues (2015, p. 1439) afirma que a Câmara dos Deputados, em 1972, acrescentou o artigo 60 ao Regimento Interno, que previu o credenciamento de entidades de classe de empregados e empregadores e órgãos de profissionais liberais para que pudessem atuar legalmente como grupos de pressão na Casa.

Inspirado no *Federal Regulation of Lobbying Act* de 1946, o Senador Marco Maciel apresentou, em 1984, o Projeto de Lei do Senado nº 25, que objetivava disciplinar de forma mais abrangente o *lobby* no Congresso Nacional. Arquivado ao final da legislatura, o projeto foi reapresentado em 1989, sob a forma do Projeto de Lei (PL) nº 203, com poucas alterações. Após parecer favorável no Senado, o PL seguiu para a Câmara dos Deputados, onde foi julgado inconstitucional pela Comissão de Constituição e Justiça, sendo encaminhado ao Plenário para apreciação, após recurso. O PL nº 203 ainda não foi apreciado.

Desde então, vários projetos para regulamentar o lobby foram apresentados pelos parlamentares, a maioria como Resoluções das casas Legislativas para alteração do regimento interno. O último projeto apresentado na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1202/2007, possui um teor mais abrangente do que o PL nº 203.

O PL nº 1202/2007, à semelhança da legislação estadunidense, define o que o Brasil entenderá por *lobby*, determina o cadastro dos agentes que exercerão as atividades no âmbito da Administração Pública Federal, a prestação de contas das atividades, destinadas ao Tribunal de Contas da União (TCU), além de estabelecer que tipo de contatos não se enquadrarão no disposto na lei e as vedações à atividade.

Essa proposta, apesar dos méritos em avançar no atendimento aos princípios da transparência, da integridade e da eficácia, corre o risco de dificultar ainda mais a atividade de grupos de pressão com menos recursos. Algumas das exigências feitas na lei podem se tornar sobremaneira onerosas a grupos com expressão econômica menor, representando um entrave à pluralidade de defesa de interesses na pauta legislativa e na formulação de políticas públicas, a exemplo do que vários estudos recentes apontam como o que vem ocorrendo nos Estados Unidos. Este aspecto, se ignorado, pode gerar prejuízos à qualidade da representação e da democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Escolha Pública considera a política - em ambientes democráticos - como um processo de interação e barganha entre diversos agentes, tendo em vista a acomodação do complexo de preferências individuais. Dessa abordagem, dois aspectos são fundamentais para entender a formação dos grupos de pressão e a consequente necessidade de regulamentação de suas atividades: a assimetria de informações e o papel das instituições.

A assimetria de informações dos indivíduos na esfera pública ocasiona o surgimento dos grupos de interesse, que concentrarão informações a respeito de um assunto em específico pertinente às preferências individuais daquele cidadão. As instituições, por sua vez, dão a tônica da interação dos diversos atores na sociedade. Nesse sentido, as leis são instituições de máxima importância, posto que regulam todas as trocas existentes na sociedade e devem considerar mecanismos que diminuam a assimetria de recursos e oportunidades entre os diversos grupos.

Desse modo, muito embora as iniciativas legais brasileiras relacionadas à regulamentação do *lobby* tenham como parâmetro, principalmente, os EUA, salienta-se que a história democrática e constitucional e o sistema

político de ambos os países são deveras distintos. Não obstante, vale ressaltar que o modelo da legislação vigente nos Estados Unidos tem tornado onerosas a atuação de grupos com menor força.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Gary S. A. *Theory of Competition among Pressure Groups for political influence*. The Quarterly Journal of Economics v. XCVIII, 1983.

_____. Public Policies, *Pressure Groups and Dead Weight Costs*. Journal of Public Economics, 281, 1985.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998, 11ª ed.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Lei nº 12.813, de 16 DE MAIO DE 2013. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm

_____. Lei nº 12.846, de 1º DE AGOSTO DE 2013. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

CAMPOS, Mauro Macedo; BORSANI, Hugo; AZEVEDO, Nilo Lima de. Méritos e limites da teoria da escolha racional como ferramenta de interpretação do comportamento social e político. Ciências Sociais Unisinos, São Leopoldo, Vol. 52, N. 1, p. 100-112, jan/abr 2016

CRUZ, Antonio Augusto B.R. da. **Teoria da Escolha Pública - Uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra “Government Failure”**. Nova Lima: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Disponível em <http://www.mcampos.br/REVISTA%20DIREITO/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antonioaugustocruzteoriadaescolhapublica.pdf>

FAHRAT, Said. Lobby. **O que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos**. São Paulo: Ed. Petrópolis, 2007.

HALL, Peter A. TAYLOR, Rosemary C. R. **As três versões do neo-institucionalismo**. Revista Lua Nova, nº 58. Ano 2003, pp. 193 - 223.

HANDLIN, Amy (editor). *Dirty deals? An Encyclopedia of Lobbying, Political influence and Corruption*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2014.

HODGKINSON, Virginia A. e FOLEY, Michael W. (Edited by). *The civil society Reader. Chapter 11: TRUMAN, David B. The governmental*

process: Political Interests and Public Opinion. Hannover and London: University press of New England.

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. **Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?** São Paulo: Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas. USP. Ano 8, número 14, 1º semestre de 2011. Disponível em <http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom>.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Eduardo Muller Rocha. **Teoria de Grupos de Pressão e Uso Político do Setor Elétrico Brasileiro.** Dissertação de mestrado apresentada ao Programa Interunidades de Pós-graduação em Energia. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007 (140 p.)

NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Lobbye sua regulamentação no Brasil - Uma análise sistemática sobre as propostas e possibilidades de normatização.** Brasília: dissertação apresentada para a obtenção parcial do grau de mestre no Curso de Mestrado Profissional em Poder Legislativo do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, 2015 (187 p.)

OCDE. **Lobbyists, government and public trust. Vol. 1: increasing transparency through legislation.** Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-1_9789264073371-en#.WnYgs5M-f-Y#page50

QUIRINO, Carina de Castro. **Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala.** Rio de Janeiro: Revista Quaestio Iuris, vol. 11, nº 02, pp. 965-986.

RIBEIRO, Fernando. **Institucionalismo da escolha racional e institucionalismo histórico: divergências metodológicas no campo da Ciência Política.** Pelotas: Revista Pensamento Plural, jan./jun. 2012, pp. 89-100.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 49 n. 196 out./dez. 2012.

_____. **A adoção dos parâmetros da OCDE para a regulamentação do lobby no Brasil.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SANTOS, Luiz Alberto dos. ***Lobby regulation, transparency and democratic governance in Latin America***. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/LOBBY%20REGULATION%20TRANSPARENCY%20AND%20DEMOCRATIC%20GOVERNANCE%20IN%20LATIN%20AMERICA%20Luis%20Alberto%20Dos%20Santos.pdf>

_____. **Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas - análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas. Brasília: Instituto de Ciências Sociais, 2007. (526 p.)

SANTOS, Manoel Leonardo. CUNHA, Lucas. **Percepções Sobre a Regulamentação do Lobby no Brasil: Convergências e Divergências**. Texto para discussão 2094. Brasília/Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015.

_____. **Propostas de Regulamentação do Lobby no Brasil: uma análise comparada**. Texto para discussão 2141. Brasília/Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015.

SOUZA, M . T. de. **James Buchanan e a construção do consenso social**. Perspectivas (São Paulo), V.19, p.11-32, 1996.

TRUMAN, David Bicknell. ***The government process: Political Interests and Public Opinion***. Berkeley: Institute of Governmental Studies, University of California Press, 1971.

UNITED STATES OF AMERICA. ***Lobbying Disclosure Act of 1995***. Disponível em: https://www.senate.gov/legislative/Lobbying/Lobby_Disclosure_Act/TOC.htm.

GARANTISMO: CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA. UMA ANÁLISE DAS LIMITAÇÕES CONCEITUAIS DESSE PARADIGMA

Matheus Thiago Carvalho Mendonça¹

RESUMO

O Garantismo nasce da filosofia do direito penal como reflexão a respeito das normas e dos sistemas penais, entretanto, tem se desenvolvido tanto que aspira converter-se no paradigma da democracia constitucional. É um modelo teórico que tenciona introduzir algumas alterações estruturais no campo da teoria jurídica e filosofia política. Nesse contexto, o presente artigo avalia os alcances da teoria política do Garantismo, especialmente acerca da fundamentação da noção substancial da democracia e o papel que reserva aos direitos fundamentais a esse respeito. Para tal, a partir de revisão bibliográfica, se oferece uma reconstrução do debate sobre a elucidação do conceito de democracia suscitado entre Ferrajoli e Michelangelo Bovero, enquanto que a noção de democracia proposta pelo Garantismo se dirige a rotular como insuficientemente democráticas as concepções meramente procedimentais. Conclui-se que os desacordos entre as posturas sustentadas pelos autores mencionados são meramente aparentes, caso se aceite que a revisão do conceito de democracia de Ferrajoli, distante de considerá-la apenas como uma forma de governo que estabelece um determinado procedimento para a tomada de decisões coletivas, sugere apresentá-la como um ideal de valor a ser alcançado.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito. Garantismo. Direitos Fundamentais. Democracia. Ferrajoli.

ABSTRACT

The theory of guarantees arises from the philosophy of criminal law as a reflection on norms and penal systems, however, it has developed so much that it aspires to become the paradigm of constitutional democracy.

¹ Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante dos grupos de pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPa), e “Direito dos Refugiados e o Brasil”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro e Pesquisador-Assistente da Human Development & Capability Association.

It is a theoretical model that intends to introduce some structural changes in the field of legal theory and political philosophy. In this context, the present article evaluates the scope of the political theory of guarantees, especially about the foundation of the substantial notion of democracy and the role it reserves for fundamental rights in this regard. For this, from a bibliographical review, a reconstruction of the debate on the elucidation of the concept of democracy raised between Ferrajoli and Michelangelo Bovero is offered, while the notion of democracy proposed by the theory of guarantees is aimed at labeling as insufficiently democratic the merely procedural conceptions. It is concluded that the disagreements between the positions held by the authors mentioned are merely apparent if it were accepted that the revision of Ferrajoli's concept of democracy, far from considering it only as a form of government that establishes a certain procedure for making decisions, suggests to present it as an ideal of value to be achieved.

KEYWORDS: Philosophy of Law. Theory of Guarantees. Fundamental Rights. Democracy. Ferrajoli.

1. INTRODUÇÃO

O Garantismo nasce no âmbito da filosofia do direito penal como reflexão a respeito das normas e dos sistemas penais. Tal proposta, no entanto, tem tido um desenvolvimento que transvaza os limites desse ramo do Direito e aspira converter-se no paradigma da democracia constitucional. É um modelo teórico que, considerando as transformações do constitucionalismo, tenciona introduzir algumas alterações estruturais tanto no âmbito da teoria jurídica como também no da filosofia e da teoria política. Dessa forma, tal como indica Ferrajoli (1997; 2002), é possível encontrar ao menos três acepções do que esse modelo designa, as quais se encontram cada uma em um nível distinto de análise, o que também resulta necessário delimitar.

Por um lado, como (i) teoria política, o Garantismo designa um modelo normativo de direito, *i. e.*, implica a promoção de uma determinada arquitetura institucional, como é o Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido, esse paradigma sustentaria uma tese normativa acerca da forma que deve adotar o poder político de uma sociedade, tomando, ademais, como pressuposto indispensável, os sistemas jurídicos e políticos que emergem do processo do constitucionalismo contemporâneo. Como consequência, amparar essa tese conduziria o Garantismo a propor, também, uma noção de democracia que pretende reformular as definições clássicas sustentadas pelos teóricos políticos (FERRAJOLI, 1997; 2002).

Por outro lado – e em total consonância com a tese anterior – esse paradigma implica uma (ii) nova filosofia política que encontra a justificação do Estado em seu papel como protetor e garantidor da efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições contemporâneas. Nesse seguimento, o Garantismo sustentaria uma tese também normativa acerca de quais funções as instituições políticas devem assumir, considerando-as legítimas apenas enquanto compõem o meio para garantir um fim: a realização efetiva dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1997; 2002).

Por fim, como (iii) teoria jurídica, o Garantismo pretende reformular a teoria da validade das normas sustentadas pela concepção positivista. Por esse ângulo, Ferrajoli considera que o paleo-positivismo – ou positivismo clássico – foi o modelo que se originou com o nascimento do Estado moderno e que, portanto, representa a filosofia jurídica que corresponde à estrutura institucional do Estado de Direito Liberal, tal como foi concebido, enquanto que o modelo garantista não é mais que a filosofia jurídica própria do Estado Constitucional de Direito. Por isso, sua proposta não deve interpretar-se como um descrédito das teses centrais que o positivismo clássico tem sustentado, mas sim completar ou complementar este “velho” paradigma (FERRAJOLI, 1997; 2002).

Para além das diferentes aceções com as quais é possível identificar o paradigma garantista, haveria certos pressupostos em comum entre elas, a partir dos quais cada sentido da expressão Garantismo projeta uma proposta nova,

Primeiramente, um dos postulados básicos é a irredutível ilegitimidade do poder político, a qual só seria possível neutralizar caso se aceite que o direito é um sistema de garantias, de limites e vínculos ao poder para a tutela de determinados bens e interesses. As instituições estatais e jurídicas seriam legítimas e estariam eticamente justificadas somente se estivessem dirigidas a proteger um determinado conjunto de direitos fundamentais. Desse modo, o segundo pressuposto é aceitar a função de garantia e proteção que cumprem os sistemas jurídicos com respeito ao conjunto de direitos fundamentais consagrados nas constituições. E, em terceiro lugar, o outro princípio que atravessa toda a doutrina garantista, o princípio de estrita legalidade. Precisamente, por esse postulado, é necessário efetivar a função de garantia do direito e, por conseguinte, alcançar a legitimação do poder político. Esse princípio condiciona a criação de novas leis, limitando seu conteúdo e subordinando-o aos direitos fundamentais, trabalhando pela constitucionalidade das novas normas, isso é, resguardando a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído.

Nesse contexto, o presente artigo avalia os alcances da teoria política do Garantismo, especialmente acerca da fundamentação da noção substancial da democracia e o papel que reserva aos direitos fundamentais a esse respeito. Dessa forma, se oferece uma reconstrução do debate sobre a elucidação do conceito de democracia suscitado entre Ferrajoli e Michelangelo Bovero, enquanto que a noção de democracia proposta pelo Garantismo se dirige a rotular como insuficientemente democráticas as concepções meramente procedimentais ou formais.

Com isso, o objetivo almejado é demonstrar que os desacordos entre as posturas sustentadas pelos autores mencionados são meramente aparentes, caso se aceite que a revisão do conceito de democracia que Ferrajoli propõe, distante de considerá-la apenas como uma forma de governo que estabelece um determinado procedimento para a tomada de decisões coletivas, sugere apresentá-la como um ideal de valor a ser alcançado.

2. GARANTISMO COMO TEORIA POLÍTICA: A REDEFINIÇÃO DA DEMOCRACIA

2.1. Estado constitucional, democracia e direitos fundamentais

O Garantismo, enquanto teoria política, promove o desenho institucional do estado constitucional de direito, entendendo por tal o sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantia dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1997; 2002). Para essa tese, o exercício do poder político deve sujeitar-se, por um lado, às leis que disponham requisitos de forma para o exercício desse poder – conhecido como princípio da mera legalidade formal – e, por outro lado, às leis que limitam o conteúdo das decisões eventualmente tomadas por esse poder político – chamado o princípio da estrita legalidade.

Por sua parte, essa teoria política também defende uma noção de democracia em particular, a democracia substancial, que se identifica conceitualmente com a expressão do estado constitucional de direito adotada. A proposta dessa dimensão substancial da democracia está dirigida a rotular como insuficientemente democráticas as concepções meramente procedimentais ou formais.

Ora, examinar o empreendimento iniciado por Ferrajoli implica também analisar a noção de direitos fundamentais da qual o autor se vale para justificar a dimensão substancial da democracia. Assim, Ferrajoli, elabora uma definição – ao seu dizer, teórica ou meramente estrutural –, que considera o seguinte:

[São direitos fundamentais] todos aqueles direitos subjetivos que universalmente correspondem a todos os seres humanos na medida em que são dotados de estatuto da pessoa, dos cidadãos ou das pessoas com capacidade para agir; entendendo por *direito subjetivo* qualquer expectativa positiva ou negativa atribuída a um sujeito por uma norma legal; e por *status* a condição de um sujeito, desde que, também por uma norma legal positiva, seja apto a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que as exercem (FERRAJOLI, 1999, p. 37, tradução livre, grifos originais)²

Essa definição – considerada por Ferrajoli como teórica, puramente formal e geral, como também ideologicamente neutra – não tem sido pacificamente aceita por alguns de seus pares na matéria, senão que tem sido discutida, bem como questionada sua pretensão de neutralidade valorativa com a que Ferrajoli caracteriza sua definição³. No entanto, considerando que o objetivo principal do presente texto não está direcionado a discutir essas questões, se aceitará – estritamente nos termos apresentados ao início – a definição de direitos fundamentais proposta e, em particular, centrar-se-á a análise em uma das teses que delas desprendem.

2.2. A tese da dimensão substancial da democracia

Ferrajoli se vale dessa noção de direitos fundamentais para enunciar quatro teses conhecidas como: (a) a tese da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; (b) a tese da dimensão substancial da democracia; (c) a tese da natureza supranacional dos direitos fundamentais; e (d) a tese da distinção entre os direitos e suas garantias. Como foi dito, o presente trabalho se propõe a analisar a segunda tese.

Seguindo a Ferrajoli, o princípio da estrita legalidade – que também funciona como critério de validade das normas – incorporaria na democracia uma dimensão substancial que complementa a dimensão formal ou procedimental. As duas classes de normas que regem a produção jurídica, as formais (ou de procedimento) e as substanciais (ou de conteúdo), fazem referência na teoria democrática, respectivamente, aos

² Texto original: “[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden umversalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista, asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (FERRAJOLI, 1999, p. 37).

³ A esse respeito, Ermanno Vitale (2001) afirma que o caráter ideologicamente neutro dessa definição é apenas parcialmente verdadeiro, na medida que – para poder ser aceita – é necessário comprometer-se com um ideal de indivíduo ou pessoa determinado. Em um sentido semelhante, Danilo Zolo (2001) argumenta que o pressuposto subjacente à definição de direitos fundamentais responde a uma concepção igualitária e garantista dos direitos. Essas e outras observações foram esgrimidas em diferentes ensaios, os quais Ferrajoli também (em alguns casos, exitosamente) tentou replicar.

procedimentos de tomada de decisão (a *quem* e ao *como*) e aos conteúdos que devem ou não ser decididos (ao *que*). É, então, essa última questão que Ferrajoli denomina o âmbito ou a esfera do *decidível* e do *indecidível*, que se encontra delimitada pelos princípios da justiça e direitos fundamentais recepcionados nas constituições.

Daí a importância do papel que desempenham esses direitos no propósito assumido pelo garantismo de revisar a noção de democracia. Os direitos fundamentais expressariam, conotariam e dariam conta da dimensão substancial da democracia já que estabeleceriam limites substanciais ao poder de decisão das maiorias democráticas. Nesse sentido, afirma que o constitucionalismo resulta ser o necessário complemento substancial das democracias (FERRAJOLI, 1999).

Como foi assinalado, o objetivo dessa tese é pôr em destaque a insuficiência das concepções formais ou procedimentais da democracia, as quais identificariam a democracia como um método de formação das decisões coletivas⁴. Ainda que considera que essa dimensão formal, *i.e.*, o procedimento que observa certas regras (relativas ao *quem* e ao *como*) para a tomada de decisões, resulta uma condição necessária da definição de democracia, ela por si só seria ainda insuficiente⁵.

Duas razões são indicadas como justificativa dessa tessitura. Por uma parte, desde uma concepção formal não seria possível dar conta dos desenhos políticos institucionais das atuais democracias constitucionais e, nessa perspectiva, a dimensão formal de democracia careceria de alcance empírico e capacidade explicativa. Como assinala Ferrajoli, não seria correto que apenas o respeito das formas e procedimentos democráticos resultassem suficientes para considerar uma decisão como legítima. E, por outra parte, na ausência de limites substanciais ou de conteúdo das decisões, uma democracia não poderia sobreviver como tal, uma vez que, ainda que respeitando os procedimentos para a tomada de decisões, poderiam se dispor medidas antidemocráticas (FERRAJOLI, 2003; 2011).

Desse modo, Ferrajoli conclui que o traço formal ou procedimental da democracia não é suficiente e que, na verdade, é imperioso contar com certos limites materiais que garantam a legitimidade do próprio método democrático. Portanto, é claro que essa consideração não implica o abandono ou a recusa da dimensão formal ou política da democracia, mas sim sua complementação com a dimensão substancial. Precisamente,

⁴ Particularmente, Ferrajoli, sem ânimo de exaustividade, identifica com esse adjetivo às concepções de democracia semelhantes às sustentadas por Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter e Robert Dahl.

⁵ Tal ponto foi constantemente denunciado por Ferrajoli, desde seus trabalhos iniciais até seus ensaios mais recentes. A respeito disso, ver Ferrajoli (1997; 1999; 2001; 2002b; 2003; 2004; 2011).

o propósito que se propõe a teoria política garantista, nesse âmbito, é reforçar a definição de democracia política, integrando o caráter formal com um substancial. Assim, Ferrajoli escreve:

Chamarei democracia substancial ou social o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política o “Estado político representativo”, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (FERRAJOLI, 1997, p. 264; 2002, p. 694).

2.3. Democracia, um ideal valorativo

O papel que Ferrajoli atribui aos direitos fundamentais nessa tese resulta claramente essencial para compreender a dimensão substancial da democracia. Ora, se é certo que a definição que o Garantismo propõe sobre estes direitos é geral ou formal no sentido de que não considera estritamente o conteúdo desses direitos, então ela não poderia agregar nada acerca de quais direitos deveriam ser tutelados como fundamentais. Ademais, nesse contexto, elucidar essa questão merece sua importância uma vez que, a depender do critério adotado para tomar um direito como fundamental, obter-se-ão os desejados limites substanciais ou de conteúdo para tomar decisões democráticas.

A respeito disso, Ferrajoli propõe quatro critérios axiológicos ou normativos que permitem avaliar quando um direito é considerado como fundamental, *i.e.*, quatro opções ético-políticas acerca de quais fins deveriam perseguir o estabelecimento de certos direitos tidos como fundamentais. Dito em outro tom, o desenho desses quatro critérios responde a uma racionalidade instrumental que conecta os direitos como meios em busca de determinados fins.

O primeiro desses critérios é o nexo entre direitos fundamentais e igualdade. Segundo este parâmetro, está justificado que um direito seja tutelado como fundamental porque assegura ou protege a igualdade das pessoas na qualidade de titulares de direitos. O segundo critério – e o mais relevante para a presente análise – é o que postula o nexo entre direitos fundamentais e democracia. Por sua vez, o terceiro institui o nexo entre direitos fundamentais e paz, segundo o qual se devem garantir como fundamentais todos os direitos vitais cuja preservação é necessária para a convivência pacífica (*e.g.*, o direito a vida). O quarto e último critério é o papel dos direitos como lei do mais fraco.

Para além das discussões ou controvérsias que podem despertar o enunciado desses critérios, nessa oportunidade é interessante deter-se apenas no segundo critérios dentre os mencionados anteriormente, vez que esse critério normativo se encontra intimamente ligado à tese sobre

a dimensão substancial da democracia e o rol de direitos analisados no presente texto. Nesse seguimento, a opção que postula o nexo entre a democracia e direitos prescreve que esses últimos têm justificativa como tais posto que são os meios idôneos para a realização da democracia constitucional. Isso é, para a teoria garantista, a democracia – em especial, uma forma de democracia como a constitucional – compõe não apenas uma forma de governo ou um regime político, mas um valor ou critério axiológico de per se que espera-se alcançar, mediante a constitucionalização de um conjunto de direitos como fundamentais.

Não obstante, ainda reconhecendo que a democracia seja o valor ou critério ético-político que assinala o fim que deve ser protegido por esses direitos, a questão sobre quais devem ser esses direitos restam sem resposta. Isso deve-se ao fato de que o propósito de Ferrajoli reside, sob uma perspectiva, em oferecer uma caracterização teórica desses direitos (daí sua definição geral, estrutural e não-valorativa) que defina o que são; e, por outra perspectiva, assinale quais critérios se devem ter presentes para os justificar como fundamentais. Desse ponto que a pergunta concernente ao conteúdo desses direitos apenas pode ser respondida *a posteriori*, isso é, quando se decide proteger ou garantir um certo interesse em particular (FERRAJOLI, 1999).

2.4. Teses conceituais, teses normativas

Conforme mencionado anteriormente, esta questão de oferecer definições teóricas ou meramente especulativas das quais se derivam certas teses essenciais para a democracia constitucional – entre elas a tese sobre o nexo entre direitos fundamentais e democracia substancial – tem sido um traço criticado por outros pensadores. Arriscar analisar exaustivamente esse tema implicaria um tanto de linhas que não foram propostas para desenvolver-se aqui. No entanto, um modo de resolver a questão – e não ficar em dívida com o paradigma avaliado – é buscar compreender mui brevemente qual o nível de análise que atravessa toda a concepção garantista.

Nesse sentido, Ferrajoli manifesta a diversidade de focos – e correlativamente, distintos planos de discurso – com os que se pode abordar a questão dos direitos fundamentais. Assim, menciona um ponto de vista teórico, outro histórico ou sociológico, um político ou axiológico e, finalmente, um plano jurídico-dogmático. Em outras palavras, uma questão é tentar caracterizar a estrutura lógica-formal de um conceito – dizendo o que são em si mesmos e propondo uma definição teórica a respeito – e outra essencialmente diferente é assinalar quais direitos têm sido, de fato, considerados como fundamentais ao largo da história, ou

também quais direitos deveriam ser fundamentais desde uma determinada teoria da justiça, ou ainda descrever quais direitos são fundamentais em um dado ordenamento jurídico. Enquanto que desde perspectivas históricas se elaboram teses meramente descritivas referentes a uma situação fática determinada, desde a perspectiva política-axiológica derivam teses normativas. Assim, o nível de discurso no que se considera situado Ferrajoli é o da teoria do direito, o que também considera um passo prévio e necessário para a abordagem de qualquer estudo sobre esse tema (FERRAJOLI, 2001).

No entanto, o aspecto que não se alcança compreender cabalmente neste paradigma é como, desde um plano teórico constituído pela definição formal de direitos fundamentais, se fundam as quatro teses sobre a democracia constitucional. Como é possível justificar a dimensão substancial da democracia pela que Ferrajoli advoga, partindo dos conceitos de direitos fundamentais?

Uma resposta satisfatória pode ser encontrada nos próprios ditos de Ferrajoli quando, ao caracterizar seu modelo e distinguir os níveis de análise referenciados, insiste em afirmar que a teoria que propõe – como, aliás, toda teoria do direito deve ser – é normativa, em dois sentidos: porque seus postulados e definições são convencionais e estão em relação com as democracias constitucionais; e porque se dirigem a prescrever esses postulados e definições nos sistemas do direito positivo onde elas mesmas surgem (FERRAJOLI, 2001). Daí que, nesse modelo garantista, resulta praticamente impossível traçar uma separação clara entre os planos conceitual e normativo. Pelo contrário, Ferrajoli constrói um universo teórico com características próprias – diferente da dogmática jurídica –, de natureza normativa e crítica, mas também com propostas e definições que buscam dar conta de como é e como deve ser o mundo ao qual elas se referem. É nessa direção que tanto as definições de direitos fundamentais como as quatro teses sobre a democracia pertencem ao nível da teoria do direito e, então, reproduzem um discurso normativo. Embora em algumas passagens Ferrajoli se mostra convencido do propósito meramente explicativo de sua tese, em outros sua particular concepção da teoria do direito – que oferece definições formais e estruturais, mas cuja função é também prescritiva – contribui para gerar algumas confusões. Ao fim, essa seria a única chave de análise factível para o Garantismo.

3. DEMOCRACIA “FORMAL” VS. DEMOCRACIA “SUBSTANCIAL”: VERDADEIROS DESACORDOS?

Até agora buscou-se apresentar as ideias gerais, mas também importantes da teoria política oferecida pelo Garantismo. É tempo de

retomar alguns aspectos dessa descrição para confrontá-los com aquelas outras teses com as quais esse paradigma discute.

Uma polêmica interessante é a suscitada entre Michelangelo Bovero e o próprio Ferrajoli, que versa sobre os alcances da própria definição do termo ‘democracia’; debate que, outrossim, sintetiza claramente duas perspectivas bem distintas de analisar um tipo de regime político – as democracias – e que manifesta a perfeita compatibilidade de ambos pontos de vista.

Nesse contexto, Bovero – seguindo fortemente as regras mínimas para o jogo democrático, de Norberto Bobbio⁶ –, concorda em definir o conceito “democracia” como um método para tomar decisões coletivas. Isso é, opta por diferenciar uma forma de governo democrática de outros tantos regimes políticos a partir de uma definição, básica ou mínima, que faça referência a um certo conjunto de regras de competência e de procedimento para a adoção de decisões (regras sobre *quem* decide e *como*) (BOVERO, 2001). Seria, no dizer de Ferrajoli, uma definição formal ou procedimental – e, nesse sentido, insuficiente – de democracia.

Bovero, distante de rechaçar o qualificativo de “formal” que lhe é atribuído por Ferrajoli, aceita que, a bem da verdade, esse é o único adjetivo com o qual seria possível descrever a esta forma de governo, pois a democracia é formal por definição, em virtude de consistir em uma série de regras para decidir. Assim, uma decisão ou medida é avaliada como democrática ou antidemocrática de acordo com o procedimento seguido para sua adoção, ao passo que seu conteúdo não é um ponto definitivo. Bovero, convencido que será acusado de reducionista, como também de apresentar uma concepção “menos simpática” em comparação à oferecida por Ferrajoli, insiste em sustentar que a essência da democracia, como forma de governo que é, reside em garantir dois pressupostos normativos, liberdades e igualdades políticas, e que por isso são as regras de *quem e como* as únicas definitivas desse regime.

⁶ Para Bobbio (1989; 2006), assumir uma definição mínima de democracia implicaria a aceitação de determinadas regras do jogo que constituiriam essa forma de governar. São três esses tipos de pauta. Por um lado, as normas referidas a quem pode tomar as decisões: (a) que os que tomam as decisões sejam todos maiores de idade, sem distinção de raça, religião, gênero e/ou ganhos; (b) que as decisões, emitidas através do sufrágio, de todos aqueles cidadãos têm igual valor; (c) que os que resultem eleitos através dos votos emitidos pelo povo, serão os que integrem os órgãos de governo em suas funções legislativas e administrativas, inclusive o cargo de chefe de Estado. Por outro lado, as normas que aludem a como se tomam as decisões: (a) que as decisões que se executam são aquelas tomadas pela maioria numérica, sem prejuízo da garantia de direitos de grupos minoritários. Finalmente, as normas que impõem certas condições que tornam possível o jogo democrático, isso é, aquelas que garantem certos direitos individuais políticos, tais como a liberdade de expressão, a liberdade de associação e de reunião, direito ao acesso a informação pública e em geral a todos os direitos políticos.

Entretanto, é certo, reconhece Bovero, que tentar pensar no funcionamento de uma democracia sem os controles que lhe imprime organização constitucional resulta, ao menos, um tanto problemática, quando não impossível. Tal fato é assim, argumenta o autor citando Bobbio, porquanto existiriam um conjunto de condições ou requisitos do jogo democrático que garantem certos direitos individuais políticos – tais como a liberdade de expressão, a liberdade de associação e de reunião, direito ao acesso à informação pública –, que favoreceriam que os cidadãos possam decidir livremente. A possibilidade de participar no governo e na tomada de decisões através do exercício do voto não adquiriria autêntica relevância se não se realiza livremente, isso é, como escreve Bobbio:

Se o indivíduo vai às urnas para votar gozando das liberdades de opinião, imprensa, de reunião, de associação e de todas as liberdades que constituem a essência do estado liberal e que, enquanto tais, funcionam como pressupostos necessários para que a participação seja real e não fictícia (BOBBIO, 1989, p. 47, tradução livre⁷).

Logo, por outro lado, também existiriam um conjunto de pré-condições, conformadas pelo resto dos direitos fundamentais, que garantem a efetividade desses direitos políticos. Mas, então, já encontrar-se-ia fora dos direitos ou limites internos que são definitivos da própria noção de democracia. Essas últimas pré-condições ou limites externos possibilitam o exercício dos direitos políticos e, por conseguinte, também a realização do regime democrático. Em outras palavras, os limites substanciais ou materiais que efetivamente estão dados pelos direitos fundamentais, ainda que integrem a própria definição de democracia, são condições prévias para a configuração e subsistência de um regime democrático legítimo (BOVERO, 2002).

Consequentemente, Bovero aceita que seria correto afirmar – como o faz Ferrajoli – que, nas democracias constitucionais, os direitos fundamentais consagrados nas constituições são limites substanciais à democracia. Mas, então, é necessário reconhecer que esses limites não provem dos requisitos internos da democracia, mas das condições externas impostas “desde afora” pelas constituições.

Em síntese, Bovero recusa a redefinição de democracia que Ferrajoli propõe, vez que aquilo com que se identifica a dimensão substancial da democracia não seriam mais que os limites materiais que impõem o próprio desenho dos estados de direito constitucionais e, nessa lógica, essa

⁷ Texto original: “si el individuo va a las urnas para sufragar gozando de las libertades de opinión, prensa, de reunión, de asociación, y de todas las libertades que constituyen la esencia del estado liberal, y que en cuanto tales fungen como presupuestos necesarios para que la participación sea real y no ficticia” (BOBBIO, 1989, p. 47).

dimensão não pertence ao regime democrático, mas sim ao constitucional nas democracias.

4. QUAIS OS LIMITES DO PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO?

De acordo com o visto até aqui, o desacordo suscitado entre Ferrajoli e Bovero pode ser sintetizado em duas questões: (i) por um lado, na definição mesma de democracia; (ii) por outro lado, em que tipo de limites impõem a constitucionalização de certos direitos fundamentais na configuração das democracias constitucionais, isso é, se eles resultam ser condições internas e, portanto, definitivas das próprias democracias – o que justificaria a chamada “dimensão substancial” a qual se refere Ferrajoli – ou, pelo contrário, são condições externas e não definitivas, que apenas contam para a legitimidade ou constitucionalidade das decisões democráticas.

Argumentar-se-á que a primeira dessas questões é apenas um desacordo meramente aparente ou não genuíno, enquanto que a segunda, apesar de significar um verdadeiro desacordo, existem certos pressupostos ou premissas implícitas no raciocínio do Garantismo que contribuem a dissolver esse debate e, ao mesmo tempo, a entender porque Ferrajoli postula essa dimensão substancial.

Com respeito a primeira questão, o suposto desacordo se dissolve ao compreender-se que há uma clara diferença entre os objetivos propostos pelos autores. Enquanto Ferrajoli tem em mira a redefinição do termo *democracia* a partir de um tipo especial dentro desse gênero (as democracias constitucionais), a noção de democracia que analisa Bovero é geral, *i.e.*, não toma um modelo em particular. Entretanto, ademais, a noção que propõe Bovero é ideologicamente neutra; apenas descreve quais são os traços definitivos do regime democrático como tal, mas sem prescrever – como o faz Ferrajoli – quais critérios ou pautas valorativas se deveriam ter em conta nessas formas de governo. Dito em outro tom, Bovero sustenta uma tese normativa sobre as democracias constitucionais. Assim, não se referem ao mesmo, nem o fazem desde um mesmo plano.

Já com respeito a segunda questão, naturalmente se propõe um desacordo genuíno quando Bovero e Ferrajoli se avocam ao tema das democracias constitucionais e se estendem acerca de que tipo de limites impõem os direitos fundamentais.

Para Ferrajoli, resulta impossível pensar em um regime democrático que não fosse organizado constitucionalmente. A ultra defesa do constitucionalismo e a reivindicação das cartas constitucionais como conjunto de normas substanciais e vinculantes que esse modelo propugna aconselham ver uma alteração na noção de democracia. No entanto, essa

proposta parece ou bem desconhecer as eventuais tensões em que podem estar democracia e constituição – ou seja, preveniria problemas tais como a clássica objeção contra-majoritária⁸ ou o próprio paradoxo das democracias – ou bem minimizaria o conflito e tentaria resolvê-lo criando para esse efeito a figura da democracia substancial. Fato é que nenhuma das duas alternativas se mostra satisfatória. Nesse sentido, Anna Pintore é assistida pela razão quando afirma que:

Definir como *democracia substancial* ao estado de direito equivale, de fato, a outorgar uma solução semântica a um problema normativo. Equivale resolver [...] o problema crucial das democracias constitucionais: o problema de como conciliar o estado de direito (conteúdos) com a democracia (formal), de como resolver, em um equilíbrio aceitável, a tensão entre os direitos fundamentais e o princípio de autogoverno (PINTORE, 2001, p. 250, tradução livre⁹).

Enquanto que, por outra parte, a estratégia assumida por Bovero, ao considerar que esses limites ao conteúdo das decisões são mais bem impostos de fora pelas constituições, estaria pressupondo que democracia e constitucionalismo não são um par imprescindível, senão que, pelo contrário – apesar de que sua total compatibilidade seja desejável – ainda seria possível designar democracia a regimes que não estão materialmente sujeitos a conteúdos constitucionalizados. Nesses casos, diz Bovero, poderia tratar-se de democracias ilegítimas ou meramente aparentes, as quais mui dificilmente subsistam.

Ora, para além do que essa segunda tessitura possa resultar mais plausível, o certo é que esta tensão entre democracia e direitos fundamentais constitucionalizados seria relativizada pelo Garantismo, ao ponto de dissolvê-la outorgando-lhe primazia aos direitos em detrimento da democracia ou, similarmente, provendo a noção de democracia às limitações impostas pelas constituições. Contudo, é evidente que uma noção de democracia semelhante à proposta por este paradigma exclui

⁸ A origem do problema apresentado pela objeção contra-majoritária está na dificuldade para admitir, desde os parâmetros de uma teoria político-democrática, que se imponham limites constitucionais à capacidade de deliberação dos cidadãos e ao poder de decisão das maiorias. A existência e a operatividade desses limites são, todavia, constantes e frequentes nas atuais democracias constitucionais. A respeito do tema, ver J. C. Bayón (2000), R. Gargarella (1996) e J. Waldron (1999).

⁹ Texto original: “definir como ‘democracia sustancial’ al estado de derecho, equivale, de hecho a otorgar una solución semántica a un problema normativo. Equivale a resolver (...) el problema crucial de las democracias constitucionales: el problema de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (formal), de cómo resolver en un equilibrio acceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio de autogobierno” (PINTORE, 2001, p. 250).

qualquer outra concepção democrática que não se encontre organizada por um desenho constitucional¹⁰.

Entretanto, a razão pela qual o Garantismo justificaria esta posição reside no fato de que considera a democracia não apenas como uma forma ou regime político, mas, também – e principalmente – como um valor, o qual, dada sua condição, deve ser apreciado e protegido pelas próprias constituições. Noutras palavras, nesse estalão, o valor da democracia justifica o entrincheiramento constitucional daqueles direitos que cabe considerar como pressupostos de uma genuína decisão democrática.

5. CONCLUSÃO: A DEFESA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Tal como buscou-se transparecer, o chamado princípio de estrita legalidade atua transversalmente na concepção garantista. Não apenas prescreve qual deve ser o critério para analisar a justiça ou a constitucionalidade das novas normas produzidas, mas que também reformula a definição de democracia, introduzindo limitações substantivas ao conteúdo das decisões que se adotem em tais processos democráticos. Particularmente, são os direitos fundamentais recepcionados nas constituições os que cumprem com esse papel, delimitando aquilo que deve ser ou o que não deve deixar de ser decidido.

Como foi analisado, o objetivo desta tese é ressaltar a insatisfação das concepções formais ou procedimentais da democracia, as quais identificariam a democracia apenas como um método de formação das decisões coletivas. Entretanto, o empreendimento do Garantismo abarca apenas parcialmente dito objetivo, tendo em vista que a definição que para isso busca, é aplicável unicamente em democracias constitucionais.

A estratégia da concepção garantista que se analisou rivaliza com a tese de Bovero, porquanto Ferrajoli a considera como uma daquelas noções meramente formais. Pois bem, aqui o Garantismo fracassa. Isso porque, ainda desde uma definição de democracia como proposta por Bovero – que considera a esse conjunto de direitos fundamentais como vínculos externos relativos a democracia – é possível dar conta dos desenhos institucionais dos atuais regimes democráticos constitucionais.

¹⁰ Em última instância, a definição de democracia substancial que propõe o Garantismo colocaria a escalada dos direitos fundamentais constitucionalizados sobre o próprio ideal democrático de autogoverno. A isso mesmo se referia Pintore, quando afirma que este paradigma participaria da tendência “de converter os direitos em um instrumento insaciável, devorador da democracia, do espaço político e, ao fim de contas, da própria autonomia moral da qual os fazemos derivar” (PINTORE, 2001, p. 243, tradução livre). Não é outro o sentimento de Waldron (1999) ao empreender uma crítica à institucionalização das cartas de direitos, complementados com a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade.

A diferença entre ambos autores poderia se resumir em dois diversos modos de abordar as tensões entre democracia e constitucionalismo. Por um lado, a tese de Ferrajoli se vale de uma noção de democracia como valor, que pressupõe certos direitos básicos para ser alcançada e, então, não somente haveria um conflito essencial entre ela e o constitucionalismo, senão que este seria a forma institucional da genuína democracia¹¹. Enquanto que Bovero adota a tese de que, reconhecendo a evidente possibilidade de conflitos entre democracia (como procedimento) e constitucionalismo, propõe um balanço entre o respeito ao valor intrínseco do procedimento e o respeito aos direitos básicos ou fundamentais¹².

Em consequência, a definição de democracia assumida por Ferrajoli, distante de aportar uma tese que compreenda o conceito atual das democracias constitucionais – e, nesse sentido, permita resolver também as tensões anteriormente aludidas –, guarda sua importância em assumir as democracias como um direito ou um critério axiológico que deve ser protegido e apreciado pelas próprias constituições, e é nessa perspectiva que a democracia seria um valor que fundamenta a própria existência dos direitos fundamentais.

Em última instância, essas considerações recomendam tomar a teoria política proposta pelo Garantismo como um aporte relevante à defesa do ideal das democracias constitucionais¹³.

¹¹ Seguindo a Bayón, versões como a semelhante à esgrimida pelo Garantismo optam por refutar a objeção contra-majoritária negando que exista um conflito essencial entre democracia e constitucionalismo, alegando que, na realidade, o constitucionalismo favorece a única forma possível de democracia. A respeito disso, ver Bayón (2000).

¹² A respeito disso, afirma Bayón: “[...] si como partidarios del ideal moral del coto vedado entendemos que uno de nuestros derechos es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas, entonces un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a mi juicio la adopción de la clase de diseño institucional que podemos denominar ‘constitucionalismo débil’. Ese diseño admite un núcleo – formulable en forma de reglas – irreformable; reconoce que puede ‘haber ventajas – de tipo instrumental – em que el resto del contenido del coto vedado (sólo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable -como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones- dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismos a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables” (BAYÓN, 2000, p. 89-90).

¹³ O paradigma garantista, assim entendido, conduziu Ferrajoli a empreender uma ferrenha defesa de um modelo normativo de democracia constitucional. Nessa linha, em um de seus últimos trabalhos intitulado *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana* (2011), evocam-se os fundamentos gerais do Garantismo e, em particular, se oferece um panorama de como as realidades políticas das democracias europeias em curso – com ênfase na Itália – se distanciaram do ideal que propugna esse modelo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYÓN, J. C. Derechos, democracia y constitución. *Revista Discusiones*, Bahía Blanca, Argentina, n. 1, p. 65-94, 2000
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2006
- BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia: Un acuerdo global y una discrepancia concreta. In: CABO, A.; PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 215-242
- _____. Derechos fundamentales y democracia. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 16, p. 21-38, 2002
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- _____. El derecho como sistema de garantías. In: _____. *Derechos y Garantías: La ley del más fuerte*. Madrid: Trotta, 1999, p. 15-45
- _____. Derechos fundamentales. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 19-56
- _____. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a
- _____. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 16, p. 6-20, 2002b
- _____. Sobre la definición de 'democracia': Una discusión con Michelangelo Bovero. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 19, p. 226-240, 2003
- _____. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004
- _____. *Poderes salvajes, la crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Mínima Trotta, 2011.
- GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 243-265.
- VITALE, Ermanno. ¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 63-73.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad em la teoría de los ‘derechos fundamentales’. In: CABO, A., PISARELLO, G. (eds.). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 75-104.

ATIPICIDADE DA CORRUPÇÃO PRIVADA: DE LACUNA NORMATIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO À (DES)INCENTIVO NA ADOÇÃO DO *COMPLIANCE* PELAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues¹

RESUMO

Este artigo parte da hipótese de que a atipicidade da corrupção privada, enquanto lacuna normativa no combate à corrupção, concorre ao arrefecimento da efetividade e da adoção de programas de integridade. Essa hipótese se dá diante de um contexto no qual o *compliance* não é uma realidade empresarial no Brasil, mesmo diante da imprescindibilidade cada vez mais evidente desses programas. Desse modo, na segunda fase deste trabalho, apontamos três razões pelas quais uma eventual criminalização da corrupção privada pode incentivar a adoção e a efetividade do *compliance*: a criminalização da corrupção privada passa a incentivar a efetividade de um programa de integridade ao (i) tutelar a lealdade entre os dirigentes das organizações com seus prepostos e empregados, incentivando ambos à conformação às regras aplicáveis ao setor; (ii) ao pôr fim a uma irresponsabilidade organizada nos dirigentes das empresas (modelo *top-down*) e (iii) ao pôr fim a uma retroalimentação entre a corrupção pública e privada que compromete e desafia os pilares de um *compliance* efetivo.

Palavras-Chaves: *Compliance*. Efetividade. Corrupção privada. Criminalização.

ABSTRACT

This article starts from the hypothesis that the definition the private corruption crime can encourage *compliance* effectiveness. Even in view of the indispensability of this institutional arrangement, the implementation of compliance is not a business reality in Brazil. In describing this problem, we have pointed out three reasons why an eventual definition of private corruption crime can encourage the adoption and effectiveness of compliance. In this sense, the definition of this crime encourages the compliance effectiveness to (i) safeguard loyalty among the leaders of

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), assessor da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF).

organizations with their agents and employees, both encouraged to conform to the laws applicable to the sector; (ii) to finally put an end to organized irresponsibility focused business leaders (top-down model), and (iii) to end the feedback between public and private corruption that challenges the pillars of effectiveness of compliance.

Key words: *Compliance*. Effectiveness. Private corruption. Criminalization.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é perquirir o combate à corrupção empresarial a partir da análise de uma ferramenta, o *compliance*. Guiados pela problemática em como gerar incentivos normativos à adoção efetiva do *compliance* pelas sociedades empresariais, este artigo parte da hipótese de que a atipicidade da corrupção, enquanto lacuna normativa no combate à corrupção, concorre ao arrefecimento da adoção de programas de integridade.

A análise dessa hipótese e da estrutura de incentivos normativos à adoção de programas de integridade exige, não obstante, incursões prévias. Dessa maneira, na primeira fase, encontra-se a descrição do problema que deu ensejo a esse artigo. Nos primeiros capítulos, o leitor será ambientado ao contexto internacional que entronizou pressão para a edição da Lei Anticorrupção (LAC) e ambientado ao atual cenário de combate à corrupção no Brasil. Em seguida, define-se a ferramenta a partir da qual buscamos estudar o combate à corrupção empresarial, o *compliance*, apresentando, em resumo, o papel deste na responsabilização da pessoa jurídica pela prática de um ilícito.

Na segunda fase, ao analisar os modelos de criminalização da corrupção privada, busca-se traçar um paralelo de possíveis convergências entre, por um lado, as finalidades legais de uma eventual tipificação da corrupção privada e, por outro, os possíveis incentivos que, ainda que apenas doutrinariamente, poderiam concorrer como incentivo normativo à adoção do *compliance* pelas sociedades empresariais.

2 DESCRIÇÃO DO PROBLEMA

2.1 COMBATE À CORRUPÇÃO: A PRESSÃO INTERNACIONAL COMO VETOR DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS E INSTITUCIONAIS NO BRASIL

Ao longo desta obra restará latente a importância do cenário internacional como vetor das iniciativas nacionais sobre o tema. Desde logo, cabe destacar que a pressão internacional pela uniformização mundial sobre legislações anticorrupções reflete dois interesses. O primeiro

é relativo à concorrência, já que haveria uma igualdade competitiva à medida que empresas estivessem sujeitas a normas e a custos decorrentes destas semelhantes (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017)². O segundo se refere à necessidade de combate a um fenômeno transnacional.

Dessa maneira, sobretudo a partir da década de 1990, percebe-se o recrudescimento de uma cooperação internacional no combate à corrupção e à prática de subornos e propinas a agentes estrangeiros³. Essa pressão internacional pela uniformização sobre o tema culmina na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁴ (2003), momento no qual o movimento de combate à corrupção se consolida em nível internacional. Nessa Convenção, destaca-se o compromisso dos 178 Estados signatários para a edição de legislações que estabelecessem a responsabilidade – civil, administrativa ou penal – das pessoas jurídicas por participação nos ilícitos ali dispostos⁵.

Ressaltam-se, como indício do recrudescimento desse movimento internacional, a intensificação no combate à corrupção, nos EUA, com a aumento das sanções aplicadas com base no *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁶ e, ainda, a edição do *UK Bribery Act* (2010), no Reino Unido. Em síntese, esse movimento internacional de combate à corrupção exigiu diversas mudanças estruturais e legislativas, por parte dos Estados, que deu ensejo, posteriormente, à criação de uma rede de incentivos (jurídicos e metajurídicos) para que as empresas pudessem adotar programas internos de integridade, que é a ferramenta que analisaremos nesse jogo (FRAZÃO, 2017)⁷.

² Nesse sentido, destaca-se: “Legislações anticorrupção frequentemente impõem custos, requisitos e exigências a empresas e indivíduos. Nesse cenário, é importante para a sua competitividade que empresas e indivíduos estrangeiros também estejam sujeitos a essas normas.” (MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanue Joppert. Diagnóstico Institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 39).

³ Houve, nesse período, a assinatura de diversos acordos internacionais, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996) e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais – da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em 1997.

⁴ Essa Convenção foi ratificada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006.

⁵ Previsão contida no artigo 26 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

⁶ MENDES, Franciso Schertel; DE CARVALHO, Vinícius Marques. **Compliance**: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 13-14.

⁷ Nesse sentido, destaca-se: “A autorregulação é essencial, portanto, para a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, uma vez que os incentivos para o cumprimento da lei passam a ser internos e desenvolvidos pela sociedade em lugar de serem externos e impostos pelo Estado.” (FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun (Coord.). Governança corporativa: avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 19).

No Brasil, o recrudescimento do combate à corrupção reflete e decorre dessa pressão internacional. Em 1997, após participar do Comitê da Basiléia e pactuar, junto as demais integrantes, o *Core Principles for Effective Banking Supervision*, o Brasil editou a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), que estipula obrigações a serem seguidas pelas “pessoas sujeitas ao mecanismo de controle”, vinculando-se essas ao dever de reportar operações atípicas e suspeitas.

Dessa maneira, a partir do advento destes dispositivos normativos (a Lei Federal nº 9.613/1998⁸ e os princípios estipulados no Comitê da Basileia), o Banco Central do Brasil (BACEN) editou, posteriormente, a Resolução nº 2.554/1998, que determina às instituições financeiras a criação e a implementação de programas de integridade e a observância às leis aplicáveis ao setor⁹.

Dessa maneira, o conceito e a própria noção da autorregulação, por meio de programas de integridade, não se originam na Lei Anticorrupção, embora seja com essa que ganham notoriedade. Essa previsão instituída na Resolução do BACEN, paulatinamente, espraia-se para outros setores e empresas, mormente a partir do recrudescimento de mecanismos de detecção da corrupção e dos incentivos positivados, posteriormente, na LAC.

Dessa forma, esse movimento que confere importância a esse instituto se insere em um fenômeno que perpassa por três momentos e que se confunde, invariavelmente, com o combate à corrupção (prevenção, detecção e punição). O primeiro deles é o monitoramento da corrupção¹⁰ e a publicidade de índices criados para tal. Nesse sentido, destacam-se: o *Corruption Perception Index* (1995), da Transparência Internacional, que avalia o grau de 176 países em que a corrupção pode ser percebida entre os funcionários públicos¹¹; o relatório do Fórum Econômico Mundial, *The Global Competitiveness Report* (2016-2017)¹², que integra aspectos

⁸ Posteriormente, com a edição da Lei nº 12.683/2012, que reformou a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, editou-se expressamente disposição legal sobre os programas de integridade, antes só disposto na Resolução do BACEN. Essa previsão está contida no art. 10 da referida lei.

⁹ Previsão contida no art. 1º da Resolução nº 2.554/1998, do Banco Central do Brasil.

¹⁰ Mais recentemente, em obra exaustiva sobre o tema, destaca-se o diagnóstico institucional realizado pela FGV RIO. (MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmannue Joppert. Op. cit., p. 159).

¹¹ No relatório da Organização, em 2017, o Brasil esteve na 79ª posição, entre os 176 países avaliados, no que tange à percepção da corrupção (Disponível em: < https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 02 jun. 2018).

¹² The Global Competitiveness Report 2016-2017 aponta índices alarmantes relacionados ao impacto da corrupção na competitividade e no desenvolvimento empresarial no Brasil. Em pesquisa de opinião, a corrupção é apontada como o segundo fator mais problemático nos negócios, no Brasil, perdendo apenas para o valor dos impostos. Destacam-se, também, índices do 1st Pillar: Institutions, analisado pelo Relatório, e, especificamente, os índices 1.04 (Public trust in politicians, que coloca o

macroeconômicos e microeconômicos relacionados à competitividade, entre os quais se avaliam a ética e a corrupção; e, ainda, os índices que calculam o prejuízo econômico ao PIB¹³ (Produto Interno Bruto) decorrente da corrupção (GIANNETI, 2007)¹⁴, (PAULA, 2018)¹⁵.

Desse monitoramento advém a pressão pública (nacional e internacional) que, como já foi ressaltado, é vetor na criação de políticas públicas e no aprimoramento legislativo sobre o tema. Esses mecanismos buscarão uma maior eficácia na prevenção, detecção e punição à prática de atos ilícitos.

Isso nos conduz ao segundo momento, no qual se destaco a produção legislativa sobre o tema¹⁶. Dentro da legislação atual, o foco deste trabalho se circunscreve à Lei Anticorrupção e aos instrumentos normativos que dela advém, como o Decreto nº 8.240/15 e, ainda, as Leis Estaduais que

Brasil em último lugar no rank); o 1.05 (Irregular payments and bribes, que coloca o Brasil na 11ª posição); o 1.12 (Transparency of government policymaking, que coloca o Brasil na 130ª posição, de 138 países analisados); e o 1.17 (Ethical behavior of firms, que coloca o Brasil na 131ª posição). Esse primeiro pilar, relacionado às Instituições, é o que mais impacta negativamente a competitividade empresarial e econômica do Brasil (WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Competitiveness Report 2016-2017. Disponível em: < http://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018).

¹³ Em relatório da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), em 2010, por exemplo, apontou-se que a corrupção traz um prejuízo equivalente a 2,3% do PIB brasileiro, estimado em R\$ 69,1 bilhões. Segundo os cálculos, isso poderia representar um incremento de 27% do produto per capita brasileiro (DECOMTEC/FIESP. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. 2010. Disponível em: <www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 02 jun. 2018).

¹⁴ Nesse sentido, destaco as conclusões contidas na obra de Eduardo Gianetti, que aponta o impacto da “qualidade dos jogadores” (agentes econômicos) e do “árbitro da partida” (agente público) no PIB, ressaltando que a corrupção está associada à deturpação de elementos fundamentais na concorrência econômica, como a inovação, a eficiência, a produtividade e o crescimento. Ademais, friso, ainda, a leitura e a bibliografia apresentada pelo autor para indicar os impactos extraeconômicos da corrupção, como no capital humano qualificado, que é apresentado como “a essência do desenvolvimento” (GIANNETI, Eduardo. Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. p. 159;197).

¹⁵ Para saber mais sobre os impactos da corrupção, destaca-se a obra de Marco Aurélio Borges de Paula, que abarca bibliografia essencial sobre o tema, abordando os tipos de corrupção (petty corruption e grand corruption), bem como os impactos econômicos, sociais e políticos dela no desenvolvimento de uma nação (PAULA, Marco Aurélio Borges de. Efeitos da corrupção para o desenvolvimento. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 21-44).

¹⁶ Cronologicamente, destacam-se a Lei Sobre Crimes Financeiros (Lei nº 7.492/1986); a Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/1990); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992); a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993); a Lei da Lavagem de Dinheiro e Criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Lei nº 9.613/1998); a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000); a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135); a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011); e, recentemente, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846), foco desta análise.

dispõem sobre a obrigatoriedade do *compliance* para contratar com a Administração Estadual¹⁷.

No terceiro e último momento desse fenômeno que me proponho a apresentar, não se pode olvidar de reconhecer a intensificação da atividade institucional dos órgãos que atuam constitucionalmente na prevenção e detecção da corrupção, no Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal/1988 estabelece uma estrutura institucional na qual o Ministério Público e os Tribunais de Contas possuem papel importante na fiscalização e no combate a ilícitos contra o erário.

Ademais, diversos outros órgãos se inserem nesse fenômeno, como a CGU (Controladoria-Geral da União¹⁸), com competência, instituída pela Lei nº 10.683/2003, que, em síntese, visa a defesa do patrimônio público no Poder Executivo Federal. Cita-se, também, a Polícia Federal, que tem se destacado pelas operações deflagradas na investigação e no combate aos ilícitos contra a Administração Pública Federal.

Isto posto, após apresentar esse fenômeno institucional e legislativo que confere à autorregulação uma ferramenta importante no combate à corrupção, cabe apresentar como esta obra define o *compliance*. E isso será feito em uma rápida digressão ao próximo capítulo. Posteriormente, será analisado o papel conferido ao *compliance* nesse jogo, como última incursão necessária à introdução do nosso problema.

2.2 COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO: A NOSSA DEFINIÇÃO

Compliance se trata de um termo anglo-saxão originado do verbo inglês *comply with* (cumprir com) e se refere a um conjunto de mecanismos de autovigilância e de promoção de uma cultura empresarial ética, que conduz à observância das legislações aplicáveis¹⁹, (FRAZÃO, 2017)^{20,21}.

¹⁷ Nesse sentido, até o momento, destacam-se a Lei Estadual nº 7.753/2017, do Rio de Janeiro, e a Lei nº 6.612/2018, do Distrito Federal.

¹⁸ Renomeada pelo Decreto nº 8.109/2013 como Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção. Posteriormente, com a Lei nº 13.266/2016, renomeada como Ministério da Fiscalização, Controle e Transparência. As disposições legais aplicáveis ao órgão continuam as mesmas.

¹⁹ Em 1991, as U.S. Sentencing Commission's Organizational Guidelines, ao buscar evitar disparidades nas sentenças americanas, já previam, como atenuante, a existência de um "compliance and ethics program".

²⁰ Nesse sentido, destaca-se a definição da professora e advogada Ana Frazão na qual afirma que "(...) compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade." (FRAZÃO, Ana. Op. cit, p. 18).

²¹ O Decreto nº 8.420/2015, em seu artigo 41, define programas de integridade 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 e atos ilícitos praticados contra

Dessa maneira, de forma ampla, *compliance* não se refere apenas ao cumprimento das leis, mas sim à criação de uma cultura empresarial que estimule essa observância (SERPA, 2016)²². Não obstante, este trabalho se restringirá a uma concepção restrita do termo (*compliance anticorrupção*), que se delimita à observância exclusiva da legislação de combate à corrupção no desenvolvimento regular das atividades da empresa (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015)²³.

Nesse sentido, o *compliance anticorrupção* será responsável por quebrar o Triângulo de Fraudes (SCHUESSLER, 1954)²⁴ em uma corporação empresarial, na qual se busca evitar a prática do ilícito a partir de um combate em três frentes: removendo 1) a pressão (seja interna, como a pressão por resultados, seja externa/motivação pessoal) para se cometer um ilícito; removendo 2) a racionalização (pessoal ou mercadológica) que justifique a prática de um ilícito e, ainda, 3) removendo as oportunidades a partir das quais se possa cometer um ilícito (sendo este gerenciamento de riscos um dos papéis mais importantes do *compliance*).

Nesta obra, define-se *compliance* como uma “ferramenta meio não suficiente” instituída pelo legislador no combate à corrupção, nos níveis da prevenção e detecção desta. Explica-se: o *compliance*, por si só, não combate a corrupção. Ele é apenas mais um dos incentivos que, aliados a outros, como sanções (incentivos negativos) e como políticas públicas, atuarão no combate a esse fenômeno. Além disso, o *compliance* é meio, e não um fim em si mesmo: o *compliance* é uma forma pela qual se intenta

a administração pública, nacional ou estrangeira.” (BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018).

²² Destaca-se, dessa maneira, o apontamento de Alexandre da Cunha Serpa no qual afirma que “programas de compliance não são sobre as leis, mas sim sobre querer seguir as leis” (SERPA, Alexandre da Cunha. Guia descomplicado: um guia simples e direto sobre Programas de Compliance. 1. ed. 2016, p. 12, grifo nosso).

²³ Nesse sentido: “Vê-se, assim, certa ambivalência de sua acepção: em termos amplos, refere-se à observância de parâmetros não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial, enquanto em sentido estrito faria referência exclusiva à normativa legal pertinente.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65). Destaca-se, ainda, que compliance abrange diversos tópicos jurídicos e metajurídicos não abarcados nessa concepção restrita adotada neste trabalho, como regras de saúde e segurança, ambiente de trabalho, relacionamento com as empresas que fazem parte da cadeia de negócios da empresa, gestão de terceiros, práticas concorrenciais (fair competition), doações e patrocínios, viagens, presentes, assédio, discriminação, controles financeiros, registros contábeis, canais de denúncias, conflitos de interesse e diversos outros tópicos que não, necessariamente, refletem-se, direta ou indiretamente, na legislação de combate à corrupção (Lei nº 12.846/2013).

²⁴ SCHUESSLER, Karl F. Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement. Donald R. Cressey. In: American Journal of Sociology 59, Chicago, nº 6, p. 604, maio 1954. Disponível em: <<https://doi.org/10.1086/221475>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

a criação de uma cultura empresarial ética; uma ponte, um vetor de incentivo.

Isto posto, introduz-se a última incursão necessária à apresentação do nosso problema, que apresentará o papel que o legislador confere aos programas de integridade, apresentando-se, para tal, a Lei Anticorrupção (LAC), o decreto que a regulamenta e, a partir disso, os custos de transação na implementação de um *compliance* efetivo.

2.3 A LEI ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS GERAIS E O PAPEL CONFERIDO AO *COMPLIANCE* NO DECRETO Nº 8.420/2015

A Lei Anticorrupção (LAC) advém de Projeto de Lei (PL) apresentado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados, o PL nº 6.826-A/2010. Houve 49 emendas parlamentares e intensas discussões dentro desse anteprojeto, o qual buscou solucionar uma lacuna legislativa e suprir um compromisso internacional do Brasil: editar uma previsão legal que almejasse, de forma efetiva, a responsabilização das empresas por ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira²⁵.

Entre as justificativas, o autor do PL nº 6.826-A/2010 destacou a “disposição salutar e inovadora” da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas²⁶ e, ainda, a vontade do proponente do anteprojeto de afastar a responsabilização penal dessas empresas, sobretudo pela ausência de “mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias”²⁷.

²⁵ O PL nº 6.286-A/2010 apresentava, nas suas justificativas, o “objetivo de suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”. Ressalta-se, também, que o projeto representou um compromisso pactuado pelo Brasil na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, como já ressaltado anteriormente neste trabalho. Mais uma vez, reafirma-se a importância desse cenário internacional nas iniciativas nacionais sobre o tema.

²⁶ Nesse sentido: “Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais.” (BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 6.826-A, do Poder Executivo, de 18 de fevereiro de 2010, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira e dá outras providências; p. 9, grifo meu. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em: 10 jan. 2018.)

²⁷ Nesse sentido: “Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios,

Ela prevê a responsabilização objetiva – administrativa e civil – às pessoas jurídicas pelas práticas de atos ilícitos, didaticamente, resumidos nos 1) atos lesivos ligados ao oferecimento de vantagens indevidas; nos 2) atos lesivos realizados no âmbito de licitações e contratos administrativos; e, por fim, nos 3) atos lesivos praticados para dificultar ou impedir a atividade de fiscalização do Estado²⁸.

Trata-se de ilícitos com tipos nucleares extremamente abrangentes e genéricos, numa tipificação aberta²⁹. Dessa maneira, o legislador se vale de verbos nucleares amplos e de difícil definição, como “fraudar”, “criar”, “prometer”, “perturbar”, sobretudo pela natural dificuldade em se tipificar todos os atos de corrupção possíveis e imagináveis que possam ser praticados. Ademais, os ilícitos puníveis na Lei Anticorrupção são classificados como infrações de perigo (DIPP; CASTILHO, 2016)³⁰, (MARINELA; RAMALHO, 2015)³¹, isto é, a configuração do ilícito independe de dano ao erário.

A responsabilização administrativa, prevista na Lei Anticorrupção, é disciplinada pelo Decreto nº 8.420/2015 e se processa mediante a instauração de um Processo Administrativo de Responsabilização (PAR)

demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.” (grifo nosso). (BRASIL, *ibidem*, p. 10, grifo meu).

²⁸ As condutas ilícitas estão dispostas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

²⁹ Acerca da tipificação aberta no Direito Administrativo Sancionador, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 269. Essas lições são rememoradas e aprofundadas, na análise do Direito Administrativo Sancionador, da qual se valeu o Ministro Relator Celso de Melo, nos autos do MS nº 28.799/DF, no STF, DJe de 6.10.16, no qual se destaca a seguinte passagem: “O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis no âmbito do direito administrativo sancionador, cuja textura aberta conduz à necessidade de o órgão disciplinar – com apoio em seu prudente critério e sempre atento às limitações que derivam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – proceder à adequada correlação entre a infração funcional e a sanção a ela correspondente prevista no estatuto jurídico-disciplinar, tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (...)”.

³⁰ Nesse sentido, destaca-se: “A conduta pode se resumir ao simples atentado sem resultar em prejuízo efetivo, embora pareça insuficiente a mera intenção de ofensa, pois atentado, aqui, significa mais do que apenas a cogitação exigindo-se ameaça real e concreta de lesão não exaurida, ainda que interrompida a execução por desistência ou causa alheia à vontade.” (DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39, grifo meu).

³¹ Ainda nesse contexto: “Entendemos que para a aplicação da Lei Anticorrupção não será necessária a efetiva ocorrência do dano, entretanto, o aplicador da sanção deve analisar cada caso concreto, principalmente em se tratando de responsabilização objetiva, para interpretar a lei de forma proporcional e razoável.” (MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernanda. *Lei Anticorrupção*: Lei n. 12.846, de 1º de Agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85).

pela autoridade máxima da entidade em face da qual o ato ilícito fora praticado³², que também se responsabiliza pelo julgamento³³.

Percebe-se, então, que a Lei Anticorrupção optou por não concentrar em um órgão a aplicação dessa legislação³⁴, na esfera administrativa. Inegavelmente, essa máxima horizontalidade, na persecução da configuração da reponsabilidade administrativa, aumenta a probabilidade da aplicação não uniforme da lei, sobretudo em virtude da presença de vários intérpretes que aplicam a LAC.

Ao fim do trâmite do PAR³⁵, às empresas pode ser aplicada uma decisão administrativa sancionadora, com a aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013, as quais seriam a 1) multa e/ou a 2) publicação extraordinária da decisão condenatória³⁶. A partir da edição do Decreto nº 8.420/2015, ainda, foi regulamentado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS)³⁷ e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP)³⁸, os quais passaram a ser integrados por essas

³² Em caso de órgão da Administração direta, a instauração e julgamento do PAR (Processo Administrativo de Responsabilização) será do Ministro de Estado, nos termos do art. 3º do Decreto nº 8.420/2015.

³³ Nesse sentido, destaca-se o Capítulo I do Decreto nº 8.420/2015, que disciplina a responsabilização administrativa.

³⁴ No Direito Comparado, por exemplo, há exemplos que caminham no sentido inverso, como o Reino Unido. Neste há uma centralidade na Serious Fraud Office (SFO), responsável por investigar, tendo farta iniciativa instrutória, e realizar a persecução criminal em casos complexos de corrupção, suborno e fraudes. O Bribery Act britânico introduziu a responsabilidade criminal das empresas por um tipo penal omissivo (“fracasso em prevenir a corrupção”), destacando, nesse ponto, o papel que um compliance efetivo possui em afastar o nexo causal da responsabilidade da pessoa jurídica.

³⁵ Em síntese, o trâmite previsto na persecução da responsabilidade administrativa, pela instauração do PAR, obedece, didaticamente, a seguinte ordem: 1) a autoridade toma a ciência da eventual prática de um ato lesivo; a autoridade pode, então, 2.1) abrir uma investigação preliminar, 2.2) decidir pela instauração do PAR ou 2.3) arquivar a matéria; 3) ocorre a defesa administrativa pela empresa; se presente o nexo causal entre a conduta e o ato lesivo à Administração Pública, há a 4) decisão sancionadora; 5) pode haver pedido de reconsideração da decisão sancionada, em até 10 dias; por consequência, 6) há a resposta ao pedido de reconsideração; e, por fim, caso indeferido o pedido, 7) a empresa deve cumprir a decisão em até 30 dias.

³⁶ Conforme art. 6º da Lei nº 12.846/2013: “Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória.” (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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018, grifo meu).

³⁷ Vide arts. 43 e 44 do Decreto nº 8.420/2015.

³⁸ Vide art. 45 do Decreto nº 8.420/15.

empresas penalizadas e, portanto, também considerado como uma sanção a estas.

Em paralelo à responsabilização administrativa, e independentemente desta, a empresa poderá ser responsabilizada judicialmente pela prática dos mesmos atos ilícitos dispostos na Lei Anticorrupção. Em regra, a persecução judicial³⁹ será acompanhada pela possibilidade de imposições de sanções mais graves⁴⁰, como a dissolução compulsória da sociedade empresarial, por exemplo.

A Lei Anticorrupção, apesar de prever o *compliance* como atenuante à multa aplicada, não se aprofundou nas minúcias do significado deste. Dessa maneira, surgiram diversos questionamentos sobre como um *compliance* deveria ser estruturado e sobre quais parâmetros para se aferir a efetividade de um programa de integridade.

Por conseguinte, o Decreto surgiu, concomitantemente, com o objetivo de afastar a aplicação da atenuante diante de programas de integridade simbólicos e com a definição de parâmetros para se aferir a qualidade e efetividade desses programas. Dessa maneira, o Capítulo IV do Decreto se dedica a apresentar esses parâmetros, positivando, de grande maneira, os pilares de um *compliance* efetivo apresentado pela doutrina (SERPA, 2016)⁴¹ e pelo direito comparado⁴².

³⁹ A Lei nº 12.486 prevê a seguinte competência para o ajuizamento de ação judicial de responsabilização: em regra, em todas as esferas federativas, o Ministério Público pode ajuizar a respectiva ação; em se tratando de ilícito envolvendo órgão federal, a AGU (Advocacia-Geral da União) seria a responsável; na esfera estadual e municipal, a respectiva procuradoria do estado e do município, caso este possua, ou por órgão diverso de representação.

⁴⁰ Art. 19 da Lei nº 12.486/2013, incisos I a III: "(...) 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; e 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."

⁴¹ SERPA, Alexandre da Cunha. Op. cit. O autor prevê, e desenvolve ao longo da obra, nove pilares que devem compor um *compliance* efetivo: 1) política de avaliação de riscos e política de respostas aos riscos avaliados; 2) clarificação dos procedimentos e das políticas de conduta da empresa; 3) suporte da Alta Administração; 4) Comunicação aos empregados e Treinamento contínuo destes; 5) Due diligence de terceiros; 6) Monitoramento e auditoria do funcionamento do programa de integridade; 7) Mecanismos de reporte às denúncias anônimas e confidenciais; 8) Investigação de, e respostas para, condutas inconsistentes com o objetivo do programa de integridade; 9) Política de atualização contínua do *compliance*.

⁴² U.S. Sentencing Commission's Organizational Guidelines (1991) prevê os seguintes parâmetros para se avaliar a efetividade de um programa de *compliance*: 1) oversight by high-level personnel; 2) due Care in delegating substantial discretionary authority; 3) effective Communication to all levels of employees; 4) reasonable steps to achieve compliance, which include systems for monitoring, auditing, and reporting suspected wrongdoing without fear of reprisal; 5) consistent enforcement of compliance standards including disciplinary mechanisms; 6) reasonable steps to respond to and prevent further similar offenses upon detection of a violation. Disponível em: < <https://www.ussc.gov>

Ademais, o Decreto dispõe sobre a dosimetria da multa a ser aplicada na decisão sancionadora. Em síntese, esta será equivalente ao somatório dos percentuais das agravantes, diminuindo-se pelo somatório das atenuantes⁴³. Nesse sentido, pode se extrair a seguinte tabela:

TABELA I: DOSIMETRIA DA MULTA NO ÂMBITO FEDERAL

Dosimetria da multa sancionadora (art. 6º, I, da Lei nº 12.846/2013)	
Agravantes (art. 17 do Decreto nº 4.820/2015)	Atenuantes (art. 18 do Decreto nº 4.280/2015)
1% a 2,5% - Continuidade delitiva	1% - Se a infração não se consumir
1% a 2,5% - Tolerância ou ciência do corpo diretivo da pessoa jurídica	1,5% - Ressarcimento dos danos causados
1% a 4% - Interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução da obra contratada	1% a 1,5% - Grau de colaboração da empresa com a investigação e apuração do ato lesivo
1% - Situação econômica positiva da empresa	2% - Em caso de comunicação espontânea
5% - Reincidência nos delitos previstos na Lei Anticorrupção, dentro do período de cinco anos	1% a 4% - Existência de um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Decreto nº 4.280/2015
1% a 5% - A depender do valor total do contrato mantido ou que a empresa pretendia manter, com o órgão lesado, na data da prática do ato lesivo	

Fonte: adaptado do Decreto nº 4.520/2015

Logo, resta claro o papel do *compliance* na responsabilização objetiva da pessoa jurídica: trata-se apenas de uma possível atenuante a ser aplicada na dosimetria da multa sancionadora, no percentual de 1 a 4% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instrução do processo administrativo.

Decerto, há um custo de transação na implementação de um *compliance* efetivo, à luz de todos os parâmetros já suscitados. Economicamente, o *compliance* só será viável quando os custos para sua implementação e para sua manutenção não se sobreponham aos potenciais benefícios dele advindos.

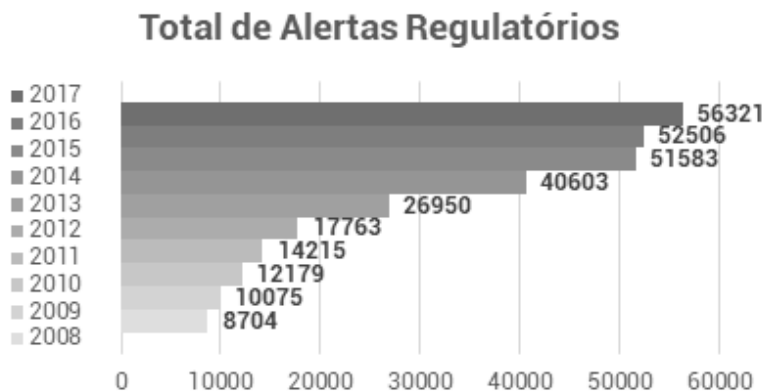
gov/sites/default/files/pdf/training/organizational-guidelines/ORGOVERVIEW.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

⁴³ Percentual do Faturamento Bruto a ser aplicado como Multa (art. 6º, I, da Lei nº 12.846/2013) = Soma das Agravantes (art. 17 do Decreto nº 4.820/2015) — Soma das atenuantes (art. 18 do Decreto nº 4.280/2015).

E, em síntese, a doutrina (MENDES, 2017)⁴⁴, (CASTRO, 2018)⁴⁵ aponta quatro benefícios: os programas de integridade, ao promoverem uma cultura empresarial ética, que propicie o respeito à legislação 1) minorarão os riscos de prática de atos ilícitos e, por consequência, evitarão sanções às empresas; como já ressaltado, uma vez configurada a responsabilidade objetiva da empresa pela prática do ilícito, 2) reduzirão eventuais penalidades aplicadas⁴⁶; 3) facilitarão a realização de acordos com as autoridades regulatórias, como o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação (TCC); e, por fim, trarão 4) vantagens quanto à reputação e à competição para a empresa.

Destaca-se, ainda, a importância do *compliance* diante da explosão regulatória no século XXI. Paulatinamente, as empresas passaram a lidar com numerosas e complexas leis, que, certamente, geram custos econômicos e riscos regulatórios a serem monitorados. Esse cenário é ilustrado, anualmente, pelo relatório *Cost of Compliance*, da *Thomson Reuters Regulatory Intelligent*. Durante o ano de 2017, por exemplo, o relatório apontou a existência de 56.321 alertas regulatórios perante o monitoramento de 900 órgãos reguladores globais. Em cada 7 minutos, há um novo alerta regulatório (ENGLISH; HAMMOND, 2018)⁴⁷:

GRÁFICO I: RISCO REGULATÓRIO

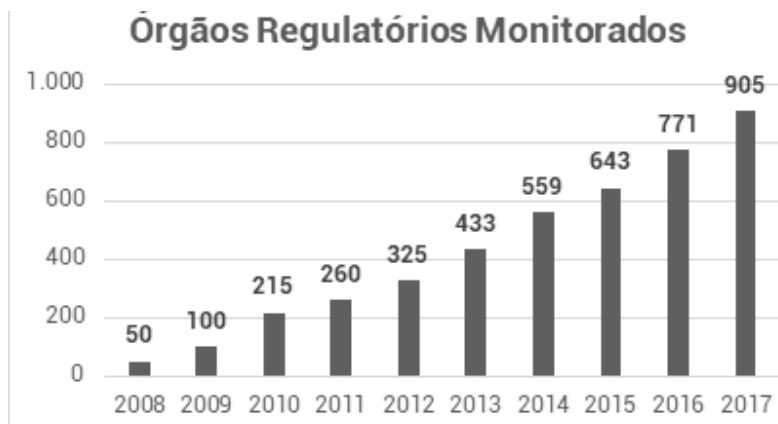


⁴⁴ MENDES, Franciso Schertel; DE CARVALHO, Vinícius Marques. Op. cit., p. 36-43.

⁴⁵ CASTRO, Marina Grimaldi de. O programa de compliance corporativa. In: DUTRA, Licoln Zub (Org.). *Compliance no ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018, p.172-174.

⁴⁶ Além da Lei Anticorrupção, diversos outros estatutos jurídicos adotam o compliance como atenuante a sanções, como no Direito da Concorrência, diante das multas e das contribuições pecuniárias aplicadas no CADE, nos Termos de Compromisso de Cessação (TCC), à luz da aplicação da Lei nº 12.529/2011.

⁴⁷ ENGLISH, Stacey; HAMMOND, Susannah. *Cost of Compliance* 2018. **Thomson Reuters**. 2018. Disponível em: < <https://risk.thomsonreuters.com/content/dam/openweb/documents/pdf/risk/report/cost-of-compliance-special-report-2018.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.



Fonte: adaptado de ENGLISH, Stacey; HAMMOND, Susannah (2018, p. 16)

Nesse contexto, a gestão de riscos inerente à implementação de um programa de integridade adquire proeminência. À luz desses benefícios que o *compliance* proporciona às empresas, visto como incentivos à autorregulação regulada, a efetivação desses programas de integridade passou a ser entendida como uma necessidade. Uma necessidade empresarial, sobretudo visando à perenidade e ao probo desenvolvimento das atividades da empresa, e uma necessidade do próprio Estado, porquanto, ao fim e ao cabo, a autorregulação das empresas externalizaria consequências positivas a toda sociedade (RIBEIRO; DINIZ, 2015)48.

Não obstante, mesmo diante dessa imprescindibilidade de se implementar efetivamente o *compliance*, cada vez mais, premente às empresas49 e ao próprio Estado, o *compliance* ainda não se tornou

⁴⁸ Nesse sentido, destaca-se: “Deve-se destacar que não há como desvincular o desenvolvimento das organizações do desenvolvimento da própria sociedade, sendo um espelho do outro. Portanto, a evolução em um desses setores influenciará o outro, pois estará demonstrando o aprendizado e o desejo de mudança dos atores. (...) Portanto, a implantação de uma política de Compliance auxilia não somente no desenvolvimento da empresa, mas principalmente da sociedade, porque os comportamentos adotados em cada seara tendem a ser copiados e replicados, estimulando a transparência, a ética e a confiança em qualquer relação, bases para uma verdadeira sustentabilidade.” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 52, n. 205, p. 98-103, jan./mar. 2015, grifo meu).

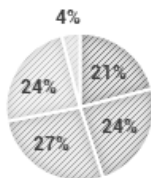
⁴⁹ Não se pode olvidar da existência do debate acerca da necessidade ou da obrigatoriedade do compliance, mormente após as edições das seguintes leis estaduais: a Lei nº 7.753/2017, do Rio de Janeiro, e a Lei nº 6.612/2018, do Distrito Federal, já referidas neste trabalho. O autor deste trabalho, não obstante, entende que as referidas leis são inconstitucionais, por violação expressa à competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratos administrativos (art. 22, XXVII, Constituição Federal/1988).

regra (SCOUCUGLIA, 2018)⁵⁰ no Brasil⁵¹. Isso requer uma reanálise das estruturas de incentivos à adoção desses programas de integridade (BECK, 2018)⁵². Nesse sentido, destaco a Avaliação do Nível de Maturidade de *Compliance*, no Brasil, em 2017⁵³, elaborada pela empresa de consultoria e auditoria Protiviti, que apresentou os seguintes resultados:

GRÁFICO II: MATURIDADE DE COMPLIANCE NO BRASIL

COMPLIANCE INDEX - 2017

- Baixo (0-20)
- Médio-Baixo (21-40)
- Médio (41-60)
- Médio-Alto (61-80)
- Alto (81-100)



Fonte: adaptado de PROTIVITI, p. 6.

⁵⁰ Nesse sentido, destaca-se: SCOCUGLIA, Livia. Cinco anos após a Lei Anticorrupção, compliance ainda não é regra no Brasil. Jota, 4 maio 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cinco-anos-compliance-ainda-nao-regra-empresas-brasil-04052018>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

⁵¹ Essa realidade advém, sobretudo, da complexidade do regime de normas de conformidade. Em estudo intitulado *The Compliance Complexity Index*, realizado pela TMF Group, o Brasil figurou na sétima colocação entre os países que possuem uma maior complexidade para a implementação efetiva de um programa de integridade. O estudo apontou: “O Brasil se classificou como um dos piores países do Compliance Complexity Index esse ano, sobretudo porque há diversas mudanças processuais que podem complicar os negócios jurídicos. Embora não tenha tido mudanças em grande escala nos últimos meses, houve diversas mudanças no procedimento de registro de empresas na Junta Comercial, na Receita Federal e nas prefeituras que aumentaram, até certo ponto, a burocracia no setor. A combinação do tumultuado cenário político e o ano eleitoral fazem com que o futuro da complexidade econômica do Brasil seja bastante incerto.” (p. 18, tradução livre). Disponível em: <<https://www.tmf-group.com/en/news-insights/publications/2018/the-compliance-complexity-index/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁵² Na análise dessa estrutura de incentivos, não se pode olvidar de citar as desvantagens oriundas do compliance. Nesse sentido, cito a obra de Francis Rafael Beck que, didaticamente, aponta que: “Por outro lado, as vantagens não estão isentas de desvantagens, especialmente: a) possível engessamento da produção, pela adoção de padrão estrito de cumprimento de deveres; b) ampliação do âmbito de responsabilização ainda no âmbito empresarial (independente de garantias processuais penais); c) aumento dos custos de transação, notadamente, pela existência do Departamento de Compliance [...]; d) indefinição a respeito da aplicação judicial dos programas de compliance, tanto em razão da ausência de moldura legal para a estruturação dos programas quando pelas dúvidas no que diz respeito à interpretação judicial que receberá no Judiciário brasileiro”. (BECK, Francis Rafael. A dupla face do criminal compliance: da expectativa de afastamento e mitigação da responsabilidade penal à possibilidade de incremento punitivo. In: DUTRA, Licoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 79).

⁵³ PROTIVITI. Nível de maturidade em compliance nas empresas brasileiras. 2017. Disponível em: <https://www.protiviti.com/sites/default/files/infografico_-_nivel_de_maturidade_em_compliance_nas_empresas_brasileiras.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Dessa maneira, a pesquisa demonstra que apenas 4% das empresas brasileiras possuem um programa de *compliance* efetivo, que possa prevenir e detectar atos de corrupção. Por outro lado, cerca de 45% das organizações brasileiras estão altamente expostas a riscos de corrupção, não direcionando quase nenhum esforço para coibi-los na persecução de um ambiente ético.

É a partir dessa realidade, apresentada nessa primeira fase, que introduzimos e restringimos nosso problema que guia o presente trabalho (“como gerar incentivos normativos à adoção do *compliance* pelas sociedades empresariais?”). Nesse exercício, passa-se a analisar e traçar um paralelo entre as finalidades do arranjo regulatório acima expostas e o escopo de uma eventual criminalização da corrupção privada no Brasil, passando-se, por conseguinte, a defender que este poderia concorrer à adoção de uma *compliance* efetivo pelas sociedades empresariais.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA: LACUNA NORMATIVA QUE INCENTIVA A CORRUPÇÃO E COMPROMETE A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

No Brasil, a corrupção privada em si é um fato atípico. O Código Penal pune apenas a corrupção passiva⁵⁴, que se trata de um crime praticado pelo funcionário público contra a Administração Pública, e a corrupção ativa⁵⁵, que se trata de um crime praticado por um particular contra a Administração⁵⁶.

Casos recentes, como a compra de votos para que o Rio de Janeiro fosse sede das Olimpíadas, que envolveu a entidade privada do Comitê Olímpico Brasileiro (COB), e como os de corrupção internacional envolvendo a Confederação Brasileira de Futebol (CBF)⁵⁷, evidenciaram

⁵⁴ Conforme o art. 317 do Código Penal brasileiro.

⁵⁵ Consoante o art. 333 do Código Penal brasileiro.

⁵⁶ O Bribery Act, por exemplo, regulamento do Reino Unido contra a corrupção, pune igualmente a corrupção no âmbito pública e privado, conforme disposto na Section 1 e Section 2 do instrumento. REINO UNIDO. Bribery Act 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

⁵⁷ PIMENTEL, Matheus. Por que o Brasil não pune a corrupção privada. Nexo Jornal, 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/11/14/Por-que-o-Brasil-nao-pune-corrupt%C3%A7%C3%A3o-privada>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

uma lacuna normativa de um fenômeno historicamente associado apenas ao âmbito público^{58,59}.

Há no direito comparado três modelos de tipificação da corrupção privada, que se diferenciam pelo bem jurídico a ser tutelado: i) o modelo alemão, por exemplo, orienta a tipificação a fim de proteger a concorrência (critério publicístico); ii) o modelo francês, por outro lado, busca tutelar a lealdade e a fidelidade nas relações comerciais entre particulares (critério privatístico); e, por fim, iii) o modelo italiano procura criminalizar a corrupção privada com o objetivo de tutelar o patrimônio empresarial (critério privatístico) (GONTIJO, 2014)⁶⁰.

Como ressaltado na primeira fase, como forma de uniformizar a legislação mundial nesse aspecto, a partir da década de 1990, diversas organizações internacionais e multilaterais iniciaram esse debate político-criminal. Logo, a partir do movimento já retratado neste artigo, entroniza-se a pressão aos países que se tornam, por conseguinte, signatários de tratados e acordos que abordam o tema, como a Convenção das Nações Unidas no Combate à Corrupção, que versa sobre a criminalização da corrupção privada.

Essenciais às pretensões deste artigo, nos limitaremos a apresentar as razões doutrinárias avocadas para justificar a tipificação da criminalização privada, destacando, posteriormente, aquelas que, de alguma forma, influenciam e não incentivam a implementação efetiva dos programas de integridade. Isto posto, reforçaremos essa proposta normativa que possui o condão de incentivar a adoção do *compliance* pelas organizações brasileiras.

⁵⁸ Nesse sentido, destaco as recomendações elaboradas no Diagnóstico Institucional do combate à corrupção no Brasil, elaborado pela FGV, no que tange à necessidade de complementação da estrutura legislativa, apontando-se três lacunas normativas: “Embora, como visto, o Brasil já possua uma estrutura legislativa bastante sofisticada de combate à corrupção, é possível, a partir da experiência internacional, vislumbrar que existe espaço para complementação, o que depende de estudos mais aprofundados a serem desenvolvidos para os seguintes temas: (i) sistemas de proteção ao denunciante cidadão (Whistleblower), nos âmbitos públicos e privados; (ii) regulamentação (e/ou registro) da Atividade de lobby; e (iii) responsabilização da corrupção no setor privado.” (MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanue Joppert. Op. cit., p. 148).

⁵⁹ Na análise sobre a necessidade da criminalização da corrupção privada, destacamos as razões doutrinárias apresentadas por Conrado Almeida Corrêa Gontijo que são utilizadas para justificar a tipificação desse crime e sustentar as razões pela qual ele a defende, uma vez que essas razões seriam perceptíveis no Brasil (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. 2014. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 30-46). Por não ser objetivo deste artigo, não nos adentraremos na defesa ou na análise de um modelo específico de tipificação.

⁶⁰ Ibidem, p. 32-33.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO PRIVADA: LACUNA NORMATIVA QUE INCENTIVA A CORRUPÇÃO E COMPROMETE A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Em síntese, há 5 (cinco) razões para justificar a tipificação da criminalização privada. Primeiramente, destaca-se i) a gravidade da corrupção privada e o aumento da incidência dos atos ilícitos, entendidos como ilícitos tão graves e tão frequentes quanto à corrupção praticada no âmbito público; em seguida, ressalta-se ii) a verticalização da globalização, que aumenta a complexidade econômica e a demanda por novos mercados, incrementando-se, portanto, os riscos da corrupção privada^{61,62}.

Ademais, ressaltam-se iii) os processos de privatização material, que transferem a titularidade dos serviços públicos à iniciativa privada, acompanhados pelo aumento do número de hipóteses fáticas que fogem do modelo tradicional brasileiro de criminalização da corrupção pública; iv) a intercomunicação da corrupção privada e da corrupção pública, que se realizam nas mesmas características, retroincentivando-se; e, por fim, à luz dos princípios da *ultima ratio* (intervenção mínima) e da subsidiariedade, v) o fracasso e a ineficiência das demais esferas de controle no combate à corrupção privada⁶³.

Três dessas razões influenciam a efetividade do *compliance*. A partir da verticalidade da globalização e da complexidade da cadeia de produção, é mister a existência de mecanismos jurídicos capazes de tutelar a lealdade entre os dirigentes das organizações com seus prepostos e empregados⁶⁴.

A tutela dessa lealdade e dessa fidelidade incentiva o compromisso dos empregados com o cumprimento estrito aos deveres dispostos na política de *compliance* da empresa, sobretudo com a expectativa de rechaçar ou de mitigar essa responsabilidade no processo penal. Entendo

⁶¹ Ressalta-se, mais uma vez, o fenômeno descrito na primeira fase desse artigo. Diante da percepção dos efeitos transnacionais desses ilícitos, recrudescer a pressão internacional na persecução político-criminal da corrupção privada.

⁶² GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. Op. cit., p. 36-39.

⁶³ Ibidem, p. 41-46.

⁶⁴ Nesse sentido, destaca-se: “Destarte, diante da recorrência de hipóteses fáticas, nas quais a confiança que embasa a delegação de atribuições é rompida por comportamentos desviados dos indivíduos detentores de poder, emerge mais uma justificativa para o direcionamento de atenção político-criminal à corrupção no setor privado. É essencial conferir ao empresário condições para o exercício de sua atividade econômica, que resta prejudicada, caso inexistam mecanismos jurídicos voltados a assegurar que as competências e atribuições por ele delegadas sejam exercidas com probidade por seus funcionários e representantes”. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. 2014. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 39.

que a observância estrita das normas e da política de integridade de uma empresa dá azo ao empregado i) para uma defesa de atipicidade da conduta, de acordo com a teoria da imputação objetiva (CUNHA, 2017)⁶⁵, afastando o nexu causal entre a conduta e o resultado; ii) para uma defesa de licitude do ato considerado típico, à luz de uma discussão de estrito cumprimento de um dever legal⁶⁶ ou, ainda, do exercício regular do direito⁶⁷ na conduta praticada; e, por fim, iii) para uma defesa de afastamento da culpabilidade do agente que praticou um ato em conformidade com a política corporativa da empresa, na perspectiva de um debate sobre a exigibilidade de conduta diversa⁶⁸ ou da potencial consciência da ilicitude⁶⁹ do ato previsto na política de *compliance* da empresa.

Destaca-se, uma vez estabelecida essa política corporativa em todos os níveis da cadeia produtiva, com obrigações específicas a serem observadas pelos sócios, dirigentes, administradores, empregadores ou colaboradores, a mitigação de um modelo de imputação penal *top-down*, isto é, focado somente nas condutas praticadas pelos administradores (BECK, 2018)⁷⁰. Dessa forma, uma vez criminalizada a corrupção privada, haverá um incentivo aos próprios administradores da empresa na implementação de um *compliance* efetivo, porquanto este distribuiria a responsabilidade penal pela prática e pela observância de determinados atos entre os membros da empresa, distribuídos na cadeia produtiva, pondo fim a uma irresponsabilidade organizada que recai somente aos administradores/dirigentes (modelo *top-down*)

Outrossim, diante das razões iii) e iv), percebe-se o recrudescimento de diversas situações que, embora atípicas, comprometem a ética e a probidade no ambiente empresarial e, conseqüentemente, a eficácia e a efetividade dos programas de integridade. O *compliance* não tem o condão de combater a corrupção em apenas um lado de suas moedas. A corrupção, na perspectiva empresarial, é perpetrada com a mesma finalidade e *modus operandi*, independentemente se ela ocorre ou no ambiente privado ou com a participação de um funcionário público.

Por essa razão, mais do que não incentivar e comprometer a efetividade do *compliance*, a atipicidade da corrupção privada é entendida

⁶⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 5.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 259-264.

⁶⁶ Ibidem, p. 290, 291.

⁶⁷ Ibidem, p. 292.

⁶⁸ Ibidem, p. 325-330.

⁶⁹ Ibidem, p. 321.

⁷⁰ BECK, Francis Rafael. Op. cit., p. 94.

como um fato que influencia o incremento da corrupção no ambiente público⁷¹, em uma retroalimentação. Nesse contexto, esse vácuo legislativo, diante da interface entre a corrupção pública e a corrupção privada e também perante a privatização material e a transferência de titularidade dos serviços públicos, engendra um ambiente que incentiva empregados e empregadores a replicarem o *modus operandi* da corrupção pública, não sendo punidos por esses atos⁷².

Não nos olvidamos, ainda, de citar os esforços institucionais de coordenação de combate à corrupção privada no Brasil, bem como as iniciativas legislativas sobre esse tema. Nesse sentido, destaca-se a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA⁷³), uma rede criada em 2003, composta por 78 entidades públicas e privadas, como diversos órgãos do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e da sociedade civil organizada.

Com o objetivo de centralizar e coordenar esforços no combate à corrupção, uniformizando iniciativas e direcionando esforços nas três esferas federativas e nos três Poderes da federação, a rede estratégica aprova anualmente ações que conduzirão os Grupos de Trabalho. Nesse contexto, a XV Reunião Plenária da ENCCLA, realizada em Campina Grande-PB, aprovou na Ação nº 5 o objetivo de “elaborar propostas de medidas voltadas ao combate à corrupção privada”. Essa ação fora proposta pelo IBRADEMP (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial) e foi coordenada pelo Ministério Público Federal e pelo Conselho Nacional

⁷¹ “Assim, um sistema jurídico que não contenha dispositivos normativos aptos a coibir os atos de desvio de poder na esfera privada, permitindo sua disseminação, favorece, em razão dessa interface, de forma indireta, a ocorrência da corrupção de funcionários públicos, pois as práticas ilícitas transitam de um setor ao outro, dando ensejo ao surgimento de verdadeiro mercado de corrupção profissional, de economia impulsionada pela transgressão.” (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. Op. cit., p. 44).

⁷² “Verificam-se situações de vácuo legislativo, porquanto não enquadrados juridicamente como agentes públicos ou indivíduos a eles equiparados, condição necessária para a tipificação do tradicional delito de corrupção, os funcionários das empresas privadas que passaram a atuar em certos setores econômicos privatizados gozavam de ampla liberdade de perpetrar comportamentos desviados, como contrapartida para o recebimento de vantagens ilícitas. Nesse contexto, a corrupção pública, passível de ser sancionada por normas de caráter punitivo, acabou substituída por pactos sceleris atípicos, celebrados apenas por indivíduos atuantes no setor privado, não obstante inalteradas a gravidade e as consequências do fenômeno, após a realização do processo privatizador.” (GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. Op. cit., p. 42).

⁷³ O ENCCLA se divide em dois órgãos principais: i) a Plenária, que se reúne com todos os integrantes da rede, anualmente, para avaliar os trabalhos e direcionar esforços para o ciclo seguinte; e ii) o Gabinete de Gestão Integrada, que se reúne com mais frequência para acompanhar o desenvolvimento das ações. Além disso, destacam-se iii) os Grupos de Trabalho Anual, que são coordenados por órgãos específicos, à luz de uma determinada ação e temática; iv) os Grupos de Trabalho de Combate à Corrupção e de Combate à Lavagem de dinheiro, que discutem os objetivos futuros da rede a serem referendados na Plenária; e, por fim, v) a Secretaria Executiva, que realiza as funções administrativas. Disponível em: < <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos/gestao>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

do Ministério Público ao longo de 2018, culminando na apresentação de projeto de lei sobre o tema.

No anteprojeto minutado, pretendeu-se tutelar, concomitantemente, os três bem jurídicos dos modelos do direito comparado apresentado anteriormente: a concorrência, o patrimônio empresarial e a lealdade nas relações de trabalho. Na 3ª Reunião da Ação nº 5, o anteprojeto apresentado foi aprovado em consenso pelos órgãos presentes⁷⁴. Não obstante, não houve a inclusão de questões sensíveis, como eventuais sanções cíveis e administrativas no projeto de lei.

Destarte, o Brasil precisa preencher essa lacuna normativa na persecução da responsabilização criminal das pessoas naturais pela prática da corrupção privada. Ainda que culturalmente enraizada na esfera pública, criminalizar esse ilícito também na esfera privada representa um importante passo na prevenção e na punição desse fenômeno, além de um incentivo aos administradores na implementação de um *compliance* efetivo, que afaste o ônus de um modelo de imputação *top-down*, e aos empregadores, que terão interesse no cumprimento das disposições corporativas para afastar e mitigar uma responsabilização penal futura.

Criminalizar a corrupção privada é indicar, de forma definitiva, a preocupação e a intenção estatal na criação de um ambiente empresarial probo e ético, que tem nos administradores um vetor na implementação de uma política de *compliance* e tem nos empregados uma pedra angular para sua efetividade. A corrupção se moderniza e, com isso, o Direito também deve perquirir incentivos que possam fazer com que a criação de um ambiente empresarial ético, a partir do *compliance*, seja uma realidade.

4 CONCLUSÃO

Deste artigo extraem-se as seguintes conclusões:

1. Ao longo deste trabalho, restou latente a importância do cenário internacional nas iniciativas nacionais de combate à corrupção, o que se verificou na edição Lei nº 12.846/2013 e, ainda, na pressão internacional para criminalizar a corrupção privada. Diante do recrudescimento do combate à corrupção, haverá incentivos à autorregulação privada, o que se constatou desde a edição da Resolução nº 2.554/1998, do BACEN, a qual determinou às instituições financeiras a criação e a implementação de programas de conformidade às leis aplicáveis ao setor.

2. Dessa maneira, observou-se também que o conceito de programas de integridade não se origina na Lei nº 12.846/2013, embora seja com

⁷⁴ Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/copy_of_ENCCLA2018Ao5Tipificaopenaldecorrupoprivada.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

essa que ganhariam notoriedade, espalhando-se a outros ramos jurídicos e a empresas de diversos setores. O recrudescimento da importância do *compliance* se insere em um fenômeno que foi apresentado em três momentos: i) o monitoramento e a publicidade de índices criados no combate à corrupção, a partir dos quais adveio a pressão nacional e internacional no aprimoramento legislativo sobre o tema; ii) a produção legislativa sobre o tema, na qual se destaca a Lei nº 12.846/2013; e, por fim iii) a intensificação institucional na prevenção e detecção da corrupção, a partir da atuação de diversos órgãos no Brasil.

3. Em seguida, apresentou-se a definição de *compliance*, a partir de uma concepção restrita do termo (*compliance* anticorrupção). Os programas de integridade foram definidos como uma “ferramenta meio não suficiente” instituída pelo legislador no combate à corrupção empresarial, nos níveis da prevenção e detecção desta.

4. Ao se adentrar na análise dos aspectos gerais da Lei nº 12.848/2013 e no papel conferido ao *compliance*, explicitaram-se a junção perigosa instituída pelo legislador da responsabilidade objetiva, de ilícitos de tipicidade aberta e de perigo abstrato e, ainda, a competência de diversos órgãos para aplicá-la, na persecução da responsabilidade administrativa e civil da empresa. Além disso, no Decreto nº 8.420/2015, analisamos o papel do *compliance* como atenuante à multa sancionadora instituída pela Lei nº 12.846/2013.

5. Posteriormente, ao explicitar e analisar os benefícios do *compliance* às organizações empresariais, como o monitoramento dos riscos regulatórios, as vantagens econômicas na detecção da corrupção e, ainda, as vantagens quanto à reputação e à competição da empresa, demonstrou-se que ele não seria uma realidade nas organizações brasileiras. A partir disso, destacou-se a pertinência do nosso problema, reforçando a necessidade de se revisitar a estrutura de incentivos e de custos de transação à implementação efetiva do *compliance*.

7. Por fim, apontou-se a necessidade de suprir uma lacuna normativa que influencia diretamente a implementação efetiva do *compliance* nas organizações empresariais, a qual seria a atipicidade da corrupção privada. Ressaltou-se, entre as razões avocadas pela doutrina para justificar a tipificação da criminalização privada: i) a necessidade de se tutelar a lealdade entre os dirigentes das organizações com seus prepostos e empregados, incentivando empregados e empregadores à conformação às regras aplicáveis ao setor. Apresentaram-se, ainda, os benefícios da criminalização privada, de acordo com as regras e políticas de conduta instituídas no *compliance*, (ii) pondo fim a uma irresponsabilidade organizada nos dirigentes das empresas (modelo *top-down*). Em conclusão,

apontaram-se, ainda, as iniciativas institucionais e legislativas sobre esse tema, com destaque ao anteprojeto de lei proposto pela rede instituída pela ECLLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro).

REFERÊNCIAS

BECK, Francis Rafael. A dupla face do criminal compliance: da expectativa de afastamento e mitigação da responsabilidade penal à possibilidade de incremento punitivo. In: DUTRA, Licoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em:

_____. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 6.826-A, do Poder Executivo, de 18 de fevereiro de 2010, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira e dá outras providências; p. 9, grifo meu. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 2018.

CASTRO, Marina Grimaldi de. O programa de *compliance* corporativa. In: DUTRA, Licoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ENGLISH, Stacey; HAMMOND, Susannah. **Cost of Compliance 2018**. Thomson Reuters. 2018. Disponível em: < <https://risk.thomsonreuters>.

com/content/dam/openweb/documents/pdf/risk/report/cost-of-compliance-special-report-2018.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abila; PITTA, Andre Grunspun (Coord.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007.

GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernanda. **Lei Anticorrupção**: Lei n. 12.846, de 1º de Agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Franciso Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance**: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmannue Joppert. **Diagnóstico Institucional**: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

PAULA, Marco Aurélio Borges de. Efeitos da corrupção para o desenvolvimento. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PROTIVITI. Nível de maturidade em *compliance* nas empresas brasileiras. 2017. Disponível em: <https://www.protiviti.com/sites/default/files/infografico_-_nivel_de_maturidade_em_compliance_nas_empresas_brasileiras.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, p. 98-103, jan./mar. 2015).

SCHUESSLER, Karl F. Other People's Money: **A Study in the Social Psychology of Embezzlement**. Donald R. Cressey. In: American Journal of Sociology 59, Chicago, nº 6, p. 604, maio 1954. Disponível em: <<https://doi.org/10.1086/221475>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

SCOCUGLIA, Livia. Cinco anos após a Lei Anticorrupção, *compliance* ainda não é regra no Brasil. Jota, 4 maio 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/cinco-anos-compliance-ainda-nao-regra-empresas-brasil-04052018>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

SERPA, Alexandre da Cunha. **Guia descomplicado: um guia simples e direto sobre Programas de Compliance**. 1. ed. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum: 2018, p. 89-119.

A COLUSÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: BREVES REFLEXÕES

Natasha Reis de Carvalho Cardoso¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a simulação ou colusão entre as partes nas convenções processuais. A cláusula geral de negociação processual prevista no artigo 190, CPC, máxima configuração da autonomia da vontade, demonstra a possibilidade de sua atipicidade. Desta forma, seria possível que determinados direitos e disposições não previstos em autorização legal pudessem ser objetos de convenção no processo. No entanto, a autonomia privada e a possibilidade de se criar negociações atípicas, se levadas ao extremo e sem observância de certos limites, podem facilitar a configuração de atos ilícitos pelos agentes, como vícios de consentimento (coação, fraude à lei, reserva mental) ou vícios sociais (simulação ou fraude contra credores). Nesse sentido, o que se pretendeu foi realizar uma análise geral do instituto da simulação no direito civil e como ele pode ocorrer no campo processual, podendo se tornar mais frequente nos negócios jurídicos processuais. Para tanto, realizou-se a divisão do estudo em quatro partes essenciais: conceituação geral de negócios jurídicos processuais; conceituação breve da simulação no direito civil; como ocorre a transposição dos institutos; e determinação de quais são as sanções em caso de colusão, conforme a teoria das invalidades processuais.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Convenções Processuais. Simulação. Colusão. Invalidez Processual.

ABSTRACT

The essay intended to prove the possibility of simulation in the procedure agreement. In Brazilian law, there is an article which describe the autonomy of parties to agree about the procedure they are going to use in a future or actual conflict (art. 190). However, it was discussed if it would be possible to use this institute for cases not previously described in the law. The predominant theory is accepting this kind of disposition. The problem of creating atypical agreements of the procedure is that could open the possibility of the parties create situations to defrauding the rules in personal gain. That's why it is essential to know better the institutes

¹ Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

to avoid this kind of situation. For that matter, firstly it was analyzed the institute in the civil law; secondly in the procedure law; third place it was studied the possibility of transposition of both to prove the initial theory: the possibility of simulation in the procedure agreement; and in the last topic it was demonstrate briefly the consequences of those situations, for instance, the possible sanctions, mainly in the invalidity theory.

Keywords: Civil procedure law. Procedure agreement. Simulation. Procedure invalidity. Al

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui dois pontos centrais: os negócios jurídicos processuais e a colusão das partes no processo. Através destes institutos, pretendeu-se analisar o entrelaçamento destas categorias com a existência de colusão nos negócios jurídicos processuais. Para tanto, utilizou-se a transposição de conceitos do direito civil à esfera do direito processual, tendo-se como objetivo principal compreender as consequências dos atos jurídicos ilícitos, com a finalidade de evitar que os benefícios das convenções processuais não sejam deturpados por meros interesses egoísticos de partes que simulam suas intenções negociais.

Importante frisar que o processo tradicionalmente era considerado como uma questão exclusivamente de interesse público, e que por isso deveria se trazer restrições à possibilidade das partes disporem sobre questões procedimentais. No entanto, com o tempo, a área processual foi cedendo cada vez mais espaço a autonomia privada, tendo o seu alcance nas primeiras possibilidades de convenções processuais típicas, como a eleição de foro, calendarização processual (art. 191 CPC) ou disposição de prazos. Entretanto, muito ainda se debateu sobre a possibilidade de se acordar convenções que não estivessem dispostas em lei.

Com todo o debate percorrido, e o reconhecimento da crescente complexidade dos arranjos subjetivos e objetivos no processo contemporâneo², tornou-se necessário trabalhar com cláusulas gerais que favorecessem a adequação das necessidades das partes ao processo. Portanto, o que antes parecia ser algo impossível de se admitir na esfera processual, passou a ser amplamente reconhecido, principalmente porque

² Importante frisar que o direito positivo está sempre um passo atrás das necessidades da vida. Como adverte Karl Larenz: “sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei” (1997, p. 519). Por isso, importante observar que foram as necessidades da vida processual que trouxeram vida às convenções processuais. Assim como foi na jurisprudência francesa, por exemplo, que as convenções processuais floresceram e ganharam força a partir das problemáticas práticas experimentadas pelos juízes e pelas partes. Por isso, o fracasso do grande formalismo dos instrumentos processuais levou à busca de novas técnicas para assegurar maior flexibilidade a fim de se trazer maior eficiência na tutela jurisdicional (CABRAL, 2016, p. 130).

não há como o legislador prever e disciplinar todas as situações do tráfego jurídico. Deste modo, uma flexibilização dos procedimentos seria algo muito mais conveniente aos sujeitos e à sociedade, que requerem a todo instante a pacificação e celeridade na solução de seus litígios.

Não há que se negar que as convenções processuais trouxeram inúmeras vantagens, tanto para as partes, quanto para a sociedade, e tais benefícios podem ser assim exemplificados: maior eficiência processual, ao se conseguir adaptar o procedimento consonante às necessidades dos litigantes; a celeridade processual, ao ser assumido determinado compromisso ao longo do procedimento, trazendo maior previsibilidade e segurança jurídica; e redução de custos de transação, sejam eles psicológicos ou financeiros.

Por isso, deve-se reconhecer os inúmeros proveitos que esta flexibilização procedimental proporcionou. Entretanto, também há que se admitir que com direitos e liberdades amplos há sempre espaço para o exercício abusivo ao dar tamanho poder às partes para administrar o procedimento³.

Este poder dado às partes em conjunto com as características técnicas e complexas das convenções processuais poderiam facilmente possibilitar atos aparentes e não reais, assim como renúncias ao direito material. Além de possibilitar o disfarce de acordos convencionais com o objetivo de obter declaração de negócios diferentes dos realmente queridos, como em casos de simulação.

Nesse sentido, e observando que a simulação se afigura como patente violação à boa-fé e à cooperação processual é que devem ser invalidados tais atos jurídicos, se assim configurados. Além disso, os simuladores devem ser responsabilizados em decorrência da má-fé no âmbito cível e processual perante as partes prejudicadas.

Além dessas matérias, o tema das convenções processuais ainda padece de vários outros objetos de estudo. São questões como, qual seria a delimitação clara do objeto possível das convenções processuais; quais seriam os parâmetros e critérios que deveriam ser observados pelo juiz ao avaliar a validade das convenções (CABRAL, 2016, p. 168); se haveria a possibilidade de se observar tal matéria no direito penal⁴, ou no direito

³ A grande objeção que existe é que este gerenciamento processual seria um mero mecanismo de mercantilização do direito processual. Assim, as convenções processuais virariam uma mercadoria, passível de ser utilizada para subverter o direito material (CABRAL, 2016, p. 242). Outra grande objeção seria a respeito da possibilidade de se abrirem caminhos às simulações, passíveis de ocorrerem em qualquer outro negócio jurídico.

⁴ Já existem atualmente algumas possibilidades de convenção na esfera penal, apesar de ser uma área precipuamente pública, como por exemplo a aplicação participativa e negociada da pena, a

empresarial⁵; quais seriam os limites da negociação (NOGUEIRA, 2018, p. 183); se estariam sujeitos a termo ou condição⁶; ou se seria passíveis de existirem no processo de execução⁷. Outras questões ainda mais técnicas se impõem à matéria, como por exemplo, a viabilidade da parte que sofreu uma quebra contratual nos negócios jurídicos processuais acordados de verem compensados seus direitos por reparação de danos ou então de verem decisões invalidadas por conta do comportamento contrário ao estipulado em convenção de uma das partes⁸.

Assim, o artigo 190 do CPC, apesar de dispor expressamente sobre as convenções processuais, encerra um regramento que não disciplina nem mesmo em termos genéricos inúmeros aspectos fundamentais dessa matéria. Por isso, há uma patente necessidade de se fornecer minimamente respostas sobre as esferas jurídicas que circulam em torno dos negócios jurídicos processuais. Este, portanto, é o intuito do presente artigo: trazer à tona um dos aspectos essenciais desde logo pelo direito civil e que agora passa a ser transposto ao processo com a denominação de “colusão” e mais especificamente a ocorrer nas convenções processuais.

Hipóteses, objetivos e delimitação temática

Esclareça-se que a opção feita no presente artigo foi restringir o estudo às convenções processuais: negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais em que há convergência da vontade das partes na formação de um ato, com interesses convergentes. A escolha se justifica por conta do estudo das simulações jurídicas ou colusão processual, em que para configurá-las, é necessário que haja convergência de interesses, mesmo que no caso sejam eles ilícitos.

A intenção, todavia, não é de estabelecer os limites objetivos ou subjetivos das convenções processuais, e nem os critérios que definem a

colaboração premiada, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil dos danos (art. 3o, I e 4o, § 4o da lei n. 12.850/2012).

⁵ A doutrina brasileira do processo civil ainda não examinou o instituto das convenções processuais à luz da dogmática dos contratos empresariais, que seria bem diferente dos contratos convencionais e que por isso mereceria maior atenção (ARAGÃO et. al, 2018, p. 170).

⁶ Pedro Henrique Nogueira em sua Tese de Doutorado a respeito do tema (2018, p. 210) afirmou que tal assunto seria uma dúvida e um dos grandes problemas ligado ao estudo desta matéria, a respeito do qual, no Brasil, pouco se elaborou.

⁷ Fredie Didier Jr. (2018, p. 64) afirmou que já foi notado na doutrina que o interesse acadêmico e prático pelos negócios jurídicos processuais executivos não era tão comum quanto em relação aos negócios das partes em outros tipos de processo. Por isso, teria uma grande lacuna em torno do tema.

⁸ Na Alemanha, por exemplo, já se discutiu sobre essa questão, e uma corrente minoritária da doutrina acredita que as únicas sanções cabíveis para o não cumprimento do prometido na convenção processual seriam perdas e danos. Outra corrente de autores afirma que se a parte não realiza com o prometido e faz algo contrário do que estipulou em convenção, a declaração é inválida, invocando ainda que o oponente agiu de má-fé (*exceptio dolis processualis*) (KERN, 2015, p. 220).

sua configuração. Tampouco tem como objetivo exemplificar cada uma das possibilidades de acordos possíveis, já que seria impossível realizar tal faceta tendo em vista a complexidade das relações econômicas e sociais, que fazem surgir cada vez mais combinações diversas. No entanto, tais aspectos foram abordados na medida da necessidade de sua aplicação às convenções processuais e o vício social da simulação, assim como pressupostos introdutórios na análise da matéria.

Com relação à simulação jurídica e a colusão processual, esclarece-se que não houve qualquer pretensão de proceder a uma análise exaustiva de todas as suas modalidades, classificações históricas e doutrinárias, mas sim pontuar os aspectos que são relevantes para compreender o instituto dentro da esfera das convenções processuais. Isso porque a intenção da pesquisa foi utilizar ferramentas do direito civil relativos à matéria, trazer para o plano processual e assim averiguar as possibilidades de prevenção de tais atos jurídicos ilícitos, através da teoria da responsabilidade civil e processual e das invalidades processuais, sempre comparando os dois institutos à luz da boa-fé, da efetividade da tutela jurisdicional e da relação precípua do direito material e processual.

Mister ressaltar que a autonomia privada, fundamento teórico das convenções processuais passou a ser reconhecida cada vez mais no ordenamento brasileiro, o que levou a admissão quase irrecusável da atipicidade nesses negócios jurídicos. Com isto, passam a surgir cada vez mais possibilidades de serem deturpadas as finalidades do instituto. Por isso, mostra-se imprescindível trazer as suas formas de prevenção e combate, a fim de impedir a plenitude das razões que justificam os negócios jurídicos. Foi com o intuito de se analisar tal aspecto que se buscou sistematizar no presente artigo as convenções processuais dentro da matéria da colusão.

Estrutura e Metodologia

Com este intuito de sistematização, optou-se por dividir o artigo em quatro partes. O primeiro trata dos negócios jurídicos processuais, fixando premissas conceituais e teóricas que serão aplicadas nos capítulos seguintes e que condicionam o raciocínio desenvolvido nos subsequentes, como os conceitos de negócio jurídico, classificação típica deles, panorama no ordenamento brasileiro, a esfera de configuração do princípio da autonomia privada e seus limites e, por fim, as vantagens gerais desses atos jurídicos.

Na segunda parte, enfrentou-se especificamente a simulação jurídica no direito civil, através da breve descrição de suas classificações, teorias e modelos, sua diferenciação breve com outros institutos e o panorama

no ordenamento brasileiro, com diversos exemplos práticos. No mesmo capítulo, ainda foi demonstrada a precípua relação entre o direito material e processual, assim como os conceitos da colusão processual, suas projeções no ordenamento, suas características, valores que são desrespeitados no processo e possíveis críticas.

Na terceira parte, cumpriu-se a realizar a intersecção dos negócios jurídicos processuais com a simulação a fim de demonstrar a possibilidade de haver atos jurídicos ilícitos pela colusão processual dentro desses negócios. Pretendeu-se demonstrar como se configura o abuso processual quando as partes intentam objetivos diversos daqueles que as convenções se comprometem a ter, em clara ofensa à lealdade, veracidade e boa-fé processual.

Numa quarta e última parte, tratou-se de apresentar brevemente as consequências da ocorrência de simulação nestes negócios jurídicos, através de um panorama analítico dos três planos determinados pela “escada Pontean” (existência, validade e eficácia), assim como pela sistemática das invalidades processuais. Dessa forma, analisou-se a possibilidade de se anular os atos jurídicos ilícitos realizados.

O parâmetro norteador do raciocínio desenvolvido foi viabilizar o pleno desenvolvimento dos benefícios e vantagens trazidos pelas convenções processuais, principalmente quanto ao requisito da efetividade processual e função social. Como as simulações seriam caminhos contrários a estes objetivos, e trariam sérios riscos aos direitos materiais titulados pelos agentes, intenta-se pensar em soluções que previnem ou, no mínimo, combatem estes vícios.

1. Pressupostos a serem considerados

Antes de adentrar a seara dos negócios jurídicos processuais e a colusão, é imprescindível traçar algumas considerações preliminares sobre alguns aspectos essenciais a fim de dar uma maior compreensão ao tema. Portanto, restará definido ao longo dessa primeira parte a princípio o que são os negócios processuais, com uma breve descrição dos fatos e atos jurídicos, assim como suas diferenciações, de acordo com a teoria explicitada por Pontes de Miranda (2012), analisada por Marcos Bernardes de Mello⁹ e readaptada na esfera processual por reconstruções de Paula Sarno Braga (2007)¹⁰.

⁹ A trilogia de Marcos Bernardes de Mello (2014; 2013; 2003) traz a análise dos conceitos de fatos e atos jurídicos de acordo com os três planos dos negócios jurídicos (existência, validade e eficácia) por uma reconstrução também da obra de Antônio Junqueira de Azevedo (2017; 1986).

¹⁰ A autora utiliza conceitos lógico-jurídicos elaborados e desenvolvidos por Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello no direito civil, demonstrando que a classificação dos fatos jurídicos

Conforme se nota no meio jurídico, seja ele doutrinário ou jurisprudencial, são utilizados diversos conceitos a respeito dos negócios processuais: podem ser “acordos”, “contratos”, “cláusulas” ou “convenções”, e muitas vezes, até mesmo, conhecidas por “pacto” ou “protocolo”. Por esse motivo e entendendo-se necessário realizar uma diferenciação terminológica para uma melhor compreensão teórica, em face dos diversos erros formais, aderimos ao termo “convenção processual” no presente artigo.

Em um terceiro momento neste capítulo, será demonstrado o panorama das convenções processuais no ordenamento brasileiro, considerando-se a discussão a respeito da divisão indissociável que prevaleceu por muito tempo entre o publicismo e o privatismo no processo. Em paralelo a isso, também se analisarão as mudanças decorrentes da necessidade de se trazer uma maior autonomia das partes, a fim de conectar seus interesses a um objetivo que trouxesse vantagens para ambos, sem negligenciar suas limitações.

1.1. Conceituação e classificação breve dos negócios jurídicos processuais

Os negócios jurídicos se inserem dentro das categorias determinadas dos fatos jurídicos (*lato sensu*), categorizados e classificados de forma didática da seguinte maneira (PONTES DE MIRANDA, 2012; NOGUEIRA, 2018): *i*) fatos jurídicos em sentido estrito, que são aqueles determinados pela natureza e não praticados pelo homem; *ii*) atos jurídicos em sentido amplo, os quais são aqueles atos humanos voluntários. Dentro desta categoria são subdivididos em: *ii.1*) atos jurídicos em sentido estrito: são aqueles em que os efeitos decorrentes do ato já estão previstos em lei (por isso, os atos pretendidos pelo agente não são fruto de escolha voluntária de quem os pratica, mas sim de ordem legal); *ii.2*) negócios jurídicos, em que são aqueles atos em que o sistema jurídico confere a possibilidade dos agentes decidirem qual será o conteúdo de eficácia de seus acordos, ou seja, quais serão os efeitos decorrentes do ato. Por isso, conferem um amplo grau de liberdade aos agentes.

Apesar desse breve panorama em relação a classificação dos fatos jurídicos, o que interessa no presente artigo é a teoria dos negócios jurídicos. Indo mais além e se formos considerar uma perspectiva histórica e de reconhecimento social do caráter jurídico de certos atos, estes negócios sempre foram essenciais nas relações humanas, desde a pré-história (AZEVEDO, 1986, p. 4-6).

pode ser perfeitamente incorporada pela Teoria Geral do Processo, não excluindo, entretanto, a importância de readaptação.

Por isso, pode-se definir estes negócios jurídicos também através de uma perspectiva mais social, já que cada membro de diferentes comunidades de características diversas (sejam elas culturais, sociais ou econômicas) é que escolhe quais seriam os atos aceitos e aptos a produzirem efeitos jurídicos, denominando estes de “negócios jurídicos” (AZEVEDO, 1986, p. 10).

Assim, dada a importância dos negócios jurídicos, não há que se negar que sua esfera de atuação cresceu em longa medida ao longo destes anos. Mas também importante ressaltar os grandes embates doutrinários e hesitações ao se reconhecer o instituto na esfera processual. Sua polêmica se deveu basicamente porque os negócios jurídicos assim reconhecidos, e conceituados acima, estavam restritos à esfera privada e o processo, à esfera pública. Por isso, seus objetivos pareciam tão diversos que não se via quais pressupostos poderiam ser utilizados para se aceitar os negócios jurídicos na esfera processual, ainda mais se fosse para modificar o procedimento, o qual era afirmado por muitos como indisponível por lei.

Apesar do embate doutrinário a respeito desse tema e das inseguranças de aceitação dos negócios jurídicos ao meio processual, ao fim ele foi aceito no ordenamento jurídico brasileiro. A princípio teve como bases o direito civil, mas posteriormente foi transposto e readaptado ao direito processual¹¹.

Em relação ao conceito dos negócios jurídicos, considera-se no presente trabalho a conceituação já estudada e delimitada por Antônio do Passo Cabral (2016, p. 73), qual seja: “é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.

Importante também trazer nesta parte introdutória, as principais classificações dos negócios jurídicos processuais, sem a pretensão, entretanto, de exaurir o tema, mas sim para ser utilizada como base teórica de acompanhamento do raciocínio desenvolvido no artigo.

Os negócios jurídicos processuais podem ser divididos, quanto a sua função de duas maneiras (CABRAL, 2016, p. 79): *i*) os que impactam o rito processual, ou seja, impactam e modificam as regras processuais ou do procedimento, sendo chamados de “acordos de disposição”; *ii*) os que possuem efeitos abdicativos, chamados de “acordos obrigacionais”¹².

¹¹ Diversas cautelas foram feitas ao se transportar conceitos preponderantemente da esfera cível para a processual. Uma das grandes protagonistas nesta reflexão foi Paula Sarno Braga [2010, p. 445-474].

¹² Essa classificação guarda uma certa semelhança com o sistema alemão, em que há dois tipos de convenções processuais: a) “convenções/contratos processuais strictu sensu (prozessuale

Quanto ao seu momento de realização, elas podem ser classificadas de duas formas também: *i)* podem versar sobre situações constituídas, sendo, portanto, prévias ao processo; ou *ii)* podem ter por objeto situações constituídas, e por isso, incidentais;

Além disso, as convenções processuais, quanto à tipificação legal, podem ser: *i)* típicas, quando há previsão legal de determinada matéria objeto da convenção processual; *ii)* atípicas, quando não há disciplina na lei. A princípio houve grande embate doutrinário e hesitação em se reconhecer a possibilidade destas últimas, no entanto, por fim se chegou a admiti-las¹³.

Apesar de didática, também se deve admitir a importância de tais classificações. Principalmente no momento posterior de se delimitar as consequências do ato ilícito, já que um negócio jurídico processual viciado pode vir a contaminar posteriormente o procedimento como um todo, assim como também a sentença, vindo a ter efeitos distintos a depender do caso concreto.

1.2 Privatismo no processo: possibilidade diante do publicismo?

Apesar do reconhecimento atual das convenções no processo brasileiro, sempre houve o debate que restringia a sua admissão, pela suposta e alegada divisão intransponível do publicismo e do privatismo. Isto restava claro quando se considerava que as normas processuais, sendo cogentes, não poderiam ser substituídas por aquelas convencionais, a serem celebradas entre as partes, apenas pelo Estado. Foi essa ideia divisória que prevaleceu no Brasil desde o CPC de 1939 (CABRAL, 2016, p. 125), já admitindo a celebração desses acordos em alguns casos de forma implícita e doutrinária, mas só sendo reconhecido expressamente no código atual, ligado a uma ideia de cooperação processual entre as partes (art. 6º CPC).

Nesse sentido é que Antônio do Passo Cabral, em Tese de Livre Docência, intitulada de “Convenções Processuais” (2016), demonstrou ao longo de seu livro dois pontos fundamentais: *i)* que o publicismo

Verfügungsverträge), que são contratos que possuem efeito imediato nas regras que governam o procedimento processual nas cortes. Este é muito parecido com os acordos dispositivos do nosso sistema, e temos como exemplo a eleição de foro (art. 63 do CPC e §§ 38 do ZPO) ou cláusulas arbitrais (art. 337, X do CPC e 1.032 do ZPO); b) contratos que criam apenas obrigações com respeito ao procedimento (prozessuale Verpflichtungsverträge), que são convenções que não alteram diretamente as regras processuais. Elas somente estipulam um determinado comportamento a ser observado pelas partes no processo. Exemplos destas convenções seriam aqueles que dispõe sobre o uso de alguma prova (KERN, 2015, p. 215-218)

¹³ Foram admitidas até por intuito lógico, já que não há mais dúvidas de que o sistema brasileiro processual hoje abarca e fomenta a autonomia da vontade dos sujeitos processuais, sendo as convenções atípicas a máxima concreção desse modelo (CABRAL, 2016, p. 99)

processual não é incompatível com as convenções processuais; ii) que o Estado juiz não é parte da convenção processual e por isso não precisa de sua homologação;

Por isso, mesmo que a passos curtos, passou-se a reconhecer a admissão de algumas exceções a regra geral, a qual delimitava serem as normas processuais apenas cogentes. Esta evolução implicou no natural abandono da visão maniqueísta publicismo x privatismo” para possibilitar a utilização do processo como uma relação obrigacional de direito privado entre as partes, que se permitiria a autorregulação de vontades, conforme seus interesses no procedimento (MÜLLER, 2014, p. 149).

1.3 Autonomia privada e autorregramento da vontade: *in dubio pro libertate*

Não há que se negar que a forte valorização da autonomia privada teve grande influência ao reconhecimento da possibilidade de livre disposição entre as partes no processo, à auto-regulamentação de interesses privados e à criação de normas segundo os preceitos legais.

Barbosa Moreira sempre defendeu a adoção de um sistema processual em que se preponderasse a autonomia privada, como consequência de uma tutela garantista do processo (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 87-102). Nesse sentido, é que se advogava pelo reconhecimento aos indivíduos de suas capacidades e liberdades de negociação, de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que melhor sirvam aos interesses dos indivíduos), estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio) e de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio) do que haviam acordado para poderem produzirem suas próprias normas jurídicas individuais.¹⁴ São estas quatro zonas de liberdade que preponderariam na feitura dos negócios jurídicos (NOGUEIRA, 2018, p. 156-157)¹⁵, tanto no âmbito civil, quanto processual.

Nesse sentido, as convenções processuais seriam consideradas como mais um instrumento de emancipação civilizatória, ao se permitir o que se chama de *self-governance* processual (DAVIS, HERSHKOFF, 2015, p. 165-166). Desse poder de governança, advém o princípio do *in dubio pro libertate*, ou seja, uma pressuposição às partes do litígio em favor da liberdade de conformação do procedimento pela vontade delas. Assim, para inverter e afastar tal prioridade – seja negando ou invalidando

¹⁴ Hans Kelsen já afirmava que a capacidade negocial seria o poder jurídico conferido pela ordem jurídica aos indivíduos, para em conformidade com as normas jurídicas gerais, ciarem também direitos e deveres, isso também através dos negócios jurídicos (1999, p. 103-104).

¹⁵ Essa autonomia privada significa autodeterminação, autorregulação e autovinculação, a qual possibilita às partes criar fontes normativas e definir a produção de certos efeitos sobre situações jurídicas

as convenções processuais - o juiz teria um ônus argumentativo e de fundamentação muito maior do que aquele exigido para a sua mera confirmação (CABRAL, 2016, p. 288).

1.3.1 Limites à autonomia privada

No entanto, apesar do reconhecimento da autonomia privada na esfera processual é errado pensar que a negociação seria um domínio exclusivo de interesses privados. Nem mesmo no direito civil esta concepção se sustenta. A negociação possui consequências e efeitos muito além daqueles delimitados pelas partes, refletindo na sociedade como um todo. Por esse motivo também que é tão importante restringir a autonomia privada e se amoldar ao interesse público. Até porque nenhum princípio é absoluto, muito menos o da autonomia privada.

O ordenamento brasileiro, portanto, trouxe mecanismos de restrição e limitação à autonomia das partes, balizando o autorregramento dos sujeitos. A doutrina, jurisprudência e a própria lei condicionam, portanto, o uso das convenções processuais aos limites formais e materiais delimitados pelo sistema. Não há que se negar que o intuito primordial pareceu ser transformar estes limites como um mecanismo paliativo a afastar a ordem de questionamentos e críticas que vinha surgindo sobre uma possível “mercantilização do processo” ou redução do poder Estatal. Entretanto, há que se admitir os benefícios que estes limites trouxeram ao regulamentar a esfera negocial das partes no processo.

Nesse sentido, a dinâmica economicista criticada por atribuir maior liberdade às partes no processo só poderia ser confrontada pela força estatal de seu último poder decisório. Em outras palavras: é permitido que se tenha convenção entre as partes, desde que o Estado também “participe” de alguma forma da elaboração dessas regras, seja pela estipulação de modelos formais ou seja para controle de legalidade delas. Por isso, para serem válidas as convenções, seria imprescindível que (CABRAL, 2016, p. 87):

- i) houvesse o respeito ao princípio de determinação, ou seja, que a convenção fizesse referência a uma relação jurídica ou conflito específico, ao delimitar exatamente o conteúdo da situação processual a que estivesse disposto;
- ii) se possível, incluísse um limite temporal (duração do acordo);
- iii) Se observasse os requisitos de validade dos negócios jurídicos que a lei material delimita: agente capaz,

objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 104 a 166 do CC);

- iv) As partes deliberassem apenas sobre situações jurídicas que estivessem em sua esfera de autonomia. Por exemplo, não estariam autorizadas a dispor sobre segredo de justiça (DIDIER, 2019, p. 39)¹⁶, já que publicidade é em prol da comunidade; nem mesmo sobre o afastamento do MP do processo; tampouco poderiam decidir sobre exclusão de custas processuais.

1.3.2 Controle de Limites gerais inerentes às Convenções Processuais

Conforme se mencionou acima, a autonomia privada, como qualquer outro princípio do ordenamento brasileiro, não é um princípio absoluto e deve ser limitado conforme as finalidades do instituto.

Além do Estado ter imposto tais requisitos para talvez não atribuir poderes exclusivamente às partes e permanecer com uma certa margem de controle da situação, não há que se negar que sem as respectivas restrições, poderia se levar facilmente à criação de negócios jurídicos ilícitos, através, por exemplo, da simulação.

Por isso, a definição de limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes é imprescindível para se evitar prejuízos negociais e está vinculada precipuamente com questões de ordem social e de garantia no processo¹⁷.

Além dessas exigências, e tendo em vista os valores sociais de cooperação que o CPC atual trouxe para o ordenamento brasileiro (art. 6º)¹⁸, a celebração do negócio jurídico não escapa à observância dos deveres de comportamento das partes.

Desse modo, consonante à limitação da autonomia privada dos sujeitos, deve-se observar, além dos requisitos formais, também os de ordem moral e que estão expressos no ordenamento, como o de lealdade, boa-fé ou o dever de veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão

¹⁶ Não se admite acordo de segredo de justiça no Brasil até por imperativo constitucional (art. 5º, LX; art. 93, IX, X da CF). Caso as partes desejem um processo sigiloso, deverão optar pela arbitragem. No entanto, na França, até pela falta de disposição constitucional, este tipo de acordo é permitido (art. 435, CPC francês).

¹⁷ A doutrina menciona ser de três esferas a questão social e garantista do processo e que devem ser respeitados principalmente quando as partes estiverem realizando tais convenções processuais: i) disponibilidade do direito material em juízo; ii) respeito ao equilíbrio e igualdade das partes, para que não haja benefício de uma delas em detrimento de outra; iii) preservação dos princípios e garantias fundamentais do processo nos acordos processuais

¹⁸ Art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

e preservação das finalidades sociais do instituto. São estes limites que são impostos às partes que devem levar também ao seu controle de validade.

Por fim, ainda se discutiu se haveria a restrição e delimitação de determinadas formas a serem observadas nas convenções processuais. No entanto, parece que o CPC não trouxe nenhuma exigência nesta esfera, e por isso, podem ser tanto verbais, quanto escritas. Entretanto, caso sejam celebradas oralmente em audiência, devem ser registradas a termo (art. 457 do CPC/73; art. 334, § 11 e 367 do CPC/2015)¹⁹.

1.4 Projeções do Instituto

Nesse sentido, há um entendimento de que as seguintes disposições nas convenções processuais seriam permitidas, por exemplo (NOGUEIRA, 2018, p. 294-299):

- i) calendário processual (art. 191 CPC): as partes estipulariam as datas e os prazos que melhor lhes aprouvessem para praticar os atos essenciais no processo, e dessa forma dispensariam as intimações posteriores²⁰;
- ii) pacto de não recorrer/acordo de instâncias: podem ser aquelas convenções que estipulariam antes ou no curso do processo a exigência da tramitação dele apenas em uma determinada instância;
- iii) na execução²¹, através de acordos a respeito da supressão ou antecipação de atos processuais, como por exemplo, na estipulação de impenhorabilidade de um determinado bem²²; ou na escolha prévia de um bem a ser penhorado, assim como do depositário destes bens (art. 840, § 2º CPC), ou pela sua avaliação prévia; ou então acordos para evitar possíveis constrições judiciais ou para afastar medidas coercitivas;

¹⁹ Já afirmava Barbosa Moreira serem os negócios jurídicos processuais de caráter livre quanto a sua forma [1984, p. 186].

²⁰ A calendarização processual vai de encontro convergente com um maior rendimento e eficiência no processo (art. 8º CPC), possibilitando também corte de custos, já que não seria necessária a realização de citações para determinados atos.

²¹ Condizente com a regra da disponibilidade de execução disposta em art. 775 do CPC, já que a execução se desenvolve no interesse do credor, que, por sua vez, possui a liberdade de decidir, unilateralmente, entre executar ou abdicar total ou parcialmente da execução. Fredie Didier Jr. [2018, p. 71] já afirmava ser uma de suas premissas o fato da Execução ser o ambiente mais propício à celebração de negócios jurídicos processuais.

²² Cf. Antônio do Passo Cabral [2016, p. 300-301] não há nenhuma vedação no ordenamento jurídico a que as partes estabeleçam, consensualmente, em negócios pré-processuais ou processuais novas categorias de bens impenhoráveis.

- iv) Outras convenções típicas que já eram admitidas no ordenamento brasileiro há tempos: eleição de foro, acordo de aceitação do litisconsórcio, acordo para afastar denunciação da lide, acordo para afastar chamamento ao processo, definição do procedimento de mediação, para afastar liquidação provisória de sentença, para afastar o cumprimento provisório de sentença, confissão negociada, dentre outras (NOGUEIRA, 2018, p. 305-306).

Parte II - Elementos específicos: A Simulação e Colusão

1. Simulação jurídica: Conceitos Gerais no Direito Civil

Na parte I do presente artigo foram feitas análises breves e gerais sobre os pressupostos e questionamentos que permeiam o instituto dos negócios jurídicos processuais. Nesse sentido, concluiu-se que possuem diversas vantagens para a sociedade e às partes e trazem muito mais benefícios do que prejuízos. No entanto, onde há autonomia privada e disposição de direitos pelos indivíduos por negociação (ato lícito), também há vícios por atos ilícitos.

Tais atos existem em qualquer tipo de negócio jurídico, seja na esfera privada do direito civil ou na processual. Dessa forma, o estudo das convenções processuais não deve se limitar apenas ao seu objeto, conteúdo ou limites, mas também em relação aos possíveis vícios decorrentes dele, como por exemplo a simulação, tema pouco estudado na doutrina brasileira.

Nesse sentido, o presente capítulo tem a intenção de trazer alguns conceitos gerais da simulação, originários *a priori* do direito civil e que seriam transpostos para o direito processual, com base em alguns fundamentos com o nome de “colusão processual”.

Em suma, serão demonstradas as bases teóricas destes dois vícios presentes na sociedade, para que se possa em momento posterior analisar a colusão também nas convenções processuais e a necessidade de preveni-la.

1.1. Definições Gerais

O negócio jurídico simulado é conceituado no direito civil como aquele que tem uma aparência contrária à realidade, seja porque não existe em absoluto ou seja porque é diferente em sua aparência (FERRARA, 1939, p. 51). Nesse sentido, o vício decorreria do fato de existirem dois

contratantes que, para garantir a consumação de seus fins particulares²³, acordam em ludibriar sujeitos externos ao negócio, para fazer-lhes acreditar que realizam um ato que realmente não queriam efetuar, apenas ansiando engendrar nos outros uma falsa representação de suas vontades (FERRARA, 1939, p. 51).

Portanto, a característica fundamental deste instituto é a divergência e contraposição intencional entre a vontade interna dos sujeitos²⁴ e a declaração que exteriorizam, trazendo uma ilusão de existência do negócio que na verdade não deveria existir (FERRARA, 1939, p. 52).

Importante mencionar que no CC/1916 havia uma certa diferenciação de dois tipos de simulação: aquelas que havia intenção de enganar alguém e de prejudicar terceiros (nocente – art. 102 do CC/1916) e aquela que não havia esta intenção (inocente – art. 103 e 104 do CC/1916)²⁵. A primeira delas, sendo aparentemente mais grave, seria causa de nulidade; enquanto que a segunda, menos prejudicial, seria motivo de anulabilidade²⁶. No entanto, conforme se verá mais adiante, essa divisão não tem mais qualquer fundamento para determinar a causa de invalidade do ato jurídico, já que o atual CC²⁷ nem sequer fez esta distinção.

Portanto, atualmente a simulação é caracterizada como qualquer ato que possui a finalidade de trazer uma eficácia diversa do que se declara, independentemente de prejuízo a terceiros. Assim, qualquer ato de

²³ A finalidade da simulação, ou seja, o que leva as partes à prática de tal ato e assim criação de um negócio aparente e não do que realmente intentam é que se denomina causa simulandi e que não se confunde com a causa do contrato (Cf. GAINO, 2007, p. 56-57).

²⁴ Nesse sentido, o que há é a ocultação da vontade verdadeira do declarante, restando à vítima apenas aquela que entende como única. Tal vício social, portanto, afeta precipuamente a função social dos negócios jurídicos, já que se obstaculiza a produção dos efeitos que deveriam ser aqueles apresentados em declaração, mas não o são [MONTEIRO FILHO, 2007, p. 115-116].

²⁵ Art. 103: “A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”.

Art. 104: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

²⁶ No CC de 1916 (arts. 102 a 105) a simulação podia ser também causa de anulação do negócio jurídico, isso porque se diferenciava entre a simulação nocente ou inocente. Apenas a nocente seria causa de nulidade, pois mais grave. No entanto, com o CC atual, retirou-se essa diferenciação e passou a ser causa de nulidade em qualquer hipótese, seguindo-se o modelo de outras legislações estrangeiras, como o BGB (§ 117) e a italiana (art. 1414), em que considera a simulação causa de nulidade.

²⁷ Art. 167, § 1º: “Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.” Redigiu-se tal artigo igualmente ao do art. 102 do CC/1916, entretanto, não se acrescentou os arts. 103 ou 104 que determinavam a diferenciação de simulação nocente ou inocente.

simulação padecerá de nulidade e não mais de anulabilidade, como era possível em alguns casos.

1.1.1. Simulação absoluta

Na simulação absoluta, o negócio como um todo é pura aparência ou ficção, ou seja, as partes não querem o ato, e por isso nada tem de real no ato jurídico formado. Por isso, limita-se a uma forma vazia para ludibriar os sujeitos externos ao negócio, desejando somente a declaração, sem apresentar nada de verdadeiro de suas intenções (GAINO, 2007, p. 60).

1.1.2. Simulação relativa

Simulação relativa ocorre quando as partes concordam que nas suas relações internas há relevância um contrato diverso do realizado, e este seria denominado “dissimulado”, enquanto coberto pelo contrato simulado. Por isso, é chamada de “relativa”, já que sob a aparência de um negócio falso, oculta-se o verdadeiro (GAINO, 2007, p. 62).

Tem-se como exemplos a doação sob aparência de venda, com objetivo de subtrair eventuais pretensões dos herdeiros do vendedor; venda com preço declarado diferente do real, com objetivo de fraude quanto ao imposto devido pela transferência; venda com interposta pessoa, com a intenção de ocultar o verdadeiro adquirente. Em suma, são todos estes atos que perseguem fins ilícitos, e que geram fraude ao fisco, ao direito dos credores ou de terceiros.

2. Projeções e panoramas práticos

Há diversas esferas que podem ocorrer a simulação das partes para conseguir objetivo ilícito, ou seja, não permitido por lei. Assim, as partes tentam contornar essa proibição legal através da realização de outro negócio jurídico, que não encontra qualquer óbice.

Nesse sentido, tal ato pode ocorrer quando, por exemplo (FERRARA, 1939):

- v) o devedor forja alienações de seus bens ou patrimônio pretendendo subtraí-los à possível penhora em processo judicial, seja em ação de execução que ainda não iniciou ou que já esteja em curso;
- vi) Também para enganar terceiros credores os devedores realizam contratos simulados de depósitos ou de comodato, por meio dos quais fingem que certos bens pertencem a outrem;

- vii) Confessa-se uma dívida, quando, em realidade, dívida alguma existe. Isso ocorre geralmente para prejudicar terceiros credores, já que em uma situação de assembleia de credores numa falência, por exemplo, teriam preferência os credores com garantia real em detrimento dos outros credores (art. 83, II da Lei n. 11.101/2005);
- viii) Há uma interposição de pessoa real, sendo o negócio feito a três. Ocorre quando, por exemplo A e B acordam que C figurará como adquirente do bem, mas na realidade quem irá adquirir será B. Assim, C quem ficará com a obrigação de pagar o preço ou transmitir o direito e eventuais obrigações para B. Portanto, essa pessoa interposta (C) apenas exerce a função de “ponte” para realização do negócio efetivo, realmente querido pelo simulador. Assim, ela não tem interesse algum no negócio, a não ser favorecer o simulador;
- ix) Envolver o conteúdo do negócio, nos casos em que há negociação de bem diverso do declarado. Estipula-se um determinado móvel, quando, na realidade, vende-se outro. Isto ocorre tanto para causar prejuízos a terceiros, como o Fisco, quanto para conseguir vender um objeto imoral ou ilícito, como a venda de órgão de corpo humano;
- x) Se dá em cláusula simulada, em que se estabelece pagamento à vista do preço do bem a ser vendido, quando, na realidade, este é vendido em parcelas;
- xi) Há venda de bens de ascendente para descendente, sem o consentimento dos demais descendentes e do cônjuge, situação esta, em regra, a mascarar a verdadeira intenção: doação. Dessa forma, a doação permanece oculta e é prejudicial aos demais descendentes, porque não será levada à colação no processo de inventário, para equilíbrio dos quinhões da herança.

Apesar destes exemplos de ocorrência de simulação no cotidiano, dificilmente é feita a sua comprovação. No entanto, ela pode ser evidenciada, normalmente, por indícios, como a ausência de registro de compromisso de compra e venda no cartório competente, a ausência de reconhecimento das firmas das partes e testemunhas ou ausência de prova de pagamento do preço ou valor absolutamente diverso do que normalmente se vê na prática do mercado.

3. Simulação no Processo: Colusão entre as partes

Até o momento foi visto como o ordenamento brasileiro lida com a simulação no direito civil, através da breve descrição de alguns pontos essenciais que serão importantes quando se chegar à análise mais específica dos negócios jurídicos processuais. Isso porque os vários objetivos e estados subjetivos que levam as partes a concluir um negócio jurídico na esfera do direito civil também pode se manifestar no processo. E assim como pode ser que as partes emitam declarações para conseguir uma finalidade diversa ou contrário à lei na área do direito privado, também pode ocorrer no direito público.

Tendo isto em vista, nos próximos capítulos será estudado como essa simulação estudada anteriormente no direito civil se dá no processo civil, também denominada de “Colusão Processual”²⁸.

Para isso, será feita uma breve descrição de seus conceitos básicos em um primeiro momento. Considerar-se-á para tanto a divergência doutrinária que permeou o instituto, sem pretender esgotar o tema. Assim, o estudo se permeará por uma concepção de efetividade, de acordo com a ausência dos deveres jurídicos de cada uma das partes no processo, como por exemplo, a falta de cooperação, lealdade, veracidade e boa-fé que se configuram quando ocorre a colusão.

Em um segundo momento serão dadas algumas exemplificações de como a simulação pode ocorrer, principalmente em casos de execução, cuja matéria possui maior incidência prática.

3.1 Conceitos Básicos

Colusão é a denominação que se emprega para caracterizar a existência de simulação no processo: “é a expressão empregada para designar a combinação, a conivência, o conluio ou o pacto entre as partes que litigam simuladamente ou não, com o intuito de enganar o juiz, com prejuízo de terceiro” (ENCICLOPÉDIA saraiva do direito, 1977, p. 150-151).

²⁸ O ordenamento brasileiro regula a colusão no art. 142 do CPC: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades de litigância de má-fé”.

O dispositivo mudou um pouco desde o CPC/73, já que no art. 129 dispunha o seguinte: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processos para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

Os grifos foram realizados para demonstrar a diferença entre os dois dispositivos, e os acréscimos feitos.

Apesar do conceito já estar aparentemente consolidado na doutrina processual, nem sempre foi assim. Havia discussão forte a respeito da possibilidade ou não de haver simulação no processo civil. A tendência era de se acreditar que o acordo simulatório seria inviável por faltar a concórdia de todos os participantes da relação processual, ou seja, por faltar a participação do magistrado, que exerceria a autoridade pública e por isso estranho à intenção real dos litigantes²⁹. Outros, justificavam a impossibilidade através do argumento de que o processo seria uma relação de direito público e não privado, e que, por isso a figura do juiz estaria desvinculada e externa ao objeto simulatório³⁰.

No entanto, a corrente vencedora foi aquela que considerou ser possível a simulação no processo. O argumento que confirmou essa situação e que foi considerado irresponsável para muitos foi quando se salientou ser o processo simulado nada mais do que um negócio simulado realizado com instrumentos processuais.

Portanto, o processo simulado passou a ser delimitado como aquele em que as partes intentam conseguir um resultado diverso do que normalmente deveriam obter numa demanda, e que irá coincidir com as consequências processuais. Nesse sentido, procuram obter com a sentença judicial a obrigação de alguém de ceder um direito ou a assumir uma obrigação fundada num direito material real, mas apenas querida na aparência e não no mundo fático. A sentença, absorvendo tal situação, fundamentaria tal vínculo obrigacional que as partes só quiseram fictamente, vindo, posteriormente, a prejudicar terceiros (GAINO, 2007, p. 143-144).

3.2 Crítica conceitual no CPC

Muito se discutiu sobre a existência ou não da simulação entre as partes no processo. Depois de uma certa discussão doutrinária e aceitação jurídica quanto ao instituto, conforme observamos em tópicos anteriores, a legislação admitiu sua possibilidade.

O argumento aparentemente irresponsável de Mosset infelizmente não se desincumbiu de retirar as possíveis dúvidas quanto a relação jurídica processual tripartida (juiz, autor, réu) e a questão de haver ou não simulação por conta das sombrias dúvidas da falta de anuência do juiz com o fato posto ou negociado entre as partes. Assim, no caso em que

²⁹ Essa concepção era a predominante e vanguardada por Hector Câmara [1944, p. 129-130] e Francisco Ferrara que sustentava fortemente a impossibilidade de haver simulação no processo [1939, p. 143].

³⁰ Francisco Ferrara era favorável a essa posição, apesar de admitir as mesmas influências subjetivas e objetivas do direito material ao processo [1939, p. 132-134].

as partes estivessem de acordo que a ação seria unicamente aparente, com intuito simulatório, tal vontade seria ignorada pelo juiz e estranho aos seus designios. Por isso faltaria um dos requisitos essenciais para haver simulação: participação nela de todos os sujeitos da relação.

Assim, o que aparentemente existiria no processo seria uma reserva mental, sem qualquer valor jurídico. Desta reserva recíproca dos litigantes em juízo se ocuparia a lei denominando de colusão (art. 142 do CPC). Em relação aos terceiros prejudicados por tal ato, este deveria ser denominado de dolo em prejuízo de terceiros e não simulação, porque nem todas as partes participaram do processo.

No entanto, poderia se argumentar de que havendo a necessidade de haver participação de todas as partes na relação jurídica processual, o instituto da simulação não existiria, porque em qualquer ato deveria ser necessária a manifestação do juiz. Mas não descartamos a possibilidade de haver simulação entre todas as partes, até mesmo com o magistrado, que, com a aceitação do negócio simulado, beneficiaria os sujeitos por meio de sua sentença, a qual poderia ser utilizada posteriormente como título executivo judicial, por exemplo.

Além de não excluir a ideia de o magistrado ter participado do negócio jurídico simulado, não há como se negar que as convenções processuais já permitem uma relação jurídica processual restrita às partes. Portanto, com a admissão cada vez maior da autonomia privada no instituto, não há como não se admitir a simulação nesse instituto, principalmente se utilizar como argumento de que só haveria simulação se todas as partes participassem da relação jurídica.

Assim, no CPC atual aparentemente o que há é um erro terminológico sem os devidos cuidados com a nomenclatura originária do direito civil. Isso porque nosso CPC menciona a ideia de colusão (art. 142 CPC), quando o que na verdade se teria uma reserva mental no processo como um todo, existindo apenas esta simulação quando os atos ficassem restritos às partes ou em caso de admissão de participação e auxílio do juiz neste intuito simulatório.

Além disso, o CPC atual ainda utiliza a nomenclatura no título que rege a ação rescisória processual. Apesar disso, não se refere apenas ao processo em geral aparentemente, mas insere também a sua ocorrência em caso de simulação em quaisquer das fases ou momentos dos atos processuais. Ou seja, o negócio jurídico, sendo um ato jurídico lícito, seria passível de simulação, e caso viesse a influenciar a sentença consequente, seria admitida a ação rescisória, conforme disposição expressa no art. 966, III, CPC.

Por esse motivo, mister analisar as diferenciações entre as duas situações acima descritas, o que será feito mais adiante no artigo, ao discorrer sobre a anulação do negócio jurídico simulado ou da ação rescisória de uma sentença que se baseou neste ato jurídico ilícito.

De maior gravame seria a análise do caso em que o juiz participou da colusão das partes para se ter um negócio jurídico simulado. Isso porque significaria a deturpação da máquina pública e de seu funcionamento, já que, com base em interesses e benefícios recíprocos, descaracterizaria a função do magistrado.

4. Projeções e Manifestações no Processo

Após a discussão a respeito da possibilidade de haver simulação no processo, restaria estabelecer quais seriam as hipóteses de cabimento da colusão e assim as suas diversas exemplificações práticas.

Um exemplo dado seria a declaração de débito sob forma de confissão judicial apenas para constituir um título executivo judicial, sem verdade absoluta no que se afirmava. Já o negócio simulado seria o emprego do juízo com o objetivo de angariar um negócio que não se poderia validamente constituir ou fazer crer existir um estado jurídico ou uma relação de crédito e débito que as partes considerariam entre elas inexistente.

Outro exemplo é quando o devedor simula com pessoa de sua confiança, acionando-a fictamente em juízo por um crédito fictício, a fim de realizar um acordo simulatório. O objetivo seria a obtenção de uma sentença condenatória que constituiria título executivo e serviria para ingresso em concurso de credores ou para obtenção de penhora. Com isso, constituiria uma preferência fictícia em relação a este credor também fictício em detrimento dos credores reais, apenas para que estes ficassem sem garantia patrimonial para satisfação de seus créditos (GAINO, 2007, p. 140-141).

Além disso e no mesmo exemplo realizado, pode haver penhora do patrimônio disponível pelo credor fictício, havendo, no curso do processo, a remição dos bens pela esposa ou por parente do falso devedor³¹. Assim, pode este credor fictício resgatar o bem apenas para que este fique livre de outras execuções. A remição ainda seria feita mediante depósito de valor da arrematação ou adjudicação, em que o valor seria levantado pelo credor fictício e posteriormente entregue ao devedor fictício (GAINO, 2007, p. 71).

³¹ Art. 674: Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Outro exemplo de colusão seria durante o curso de um procedimento executório real. Ou seja, o devedor real realiza um contrato com simulação de data (expediente antedatado) com outrem sobre um bem que já havia sido supostamente vendido a este. Assim, aparece no meio do processo de execução este terceiro que está em conluio com o devedor real afirmando ser dono ou possuidor do bem penhorado, interpondo embargos de terceiro (art. 674 do CPC). Este terceiro apresenta como prova de sua posse um contrato particular em que a data do bem alienado é anterior à data da execução (entretanto, é falsa). Assim, o devedor fictício se vê protegido de possível penhora de seu patrimônio ou bens através deste contrato aparente antedatado.

Como podemos perceber, o processo executivo constitui campo de maior probabilidade de incidência de simulação, principalmente por não comportar exame de mérito em caso de não produção de embargos. O que resta ao credor verdadeiro é demonstrar, em sede de defesa nos embargos de terceiro a simulação do negócio invocado. Isto para que suas provas trazidas sejam suficientes para requerer a desconstituição da penhora em relação ao terceiro participe do acordo simulatório e consiga ter seu crédito satisfeito.

4.1 Ausência de boa-fé e cooperação processual

O princípio da boa-fé objetiva, o qual norteia o comportamento humano e os atos processuais como um todo deve ser observado em qualquer ato jurídico realizado pelas partes, seja na preparação, na formação, ou na execução dos negócios jurídicos (GAINO, 2007, p. 96).

Além desta percepção objetiva, a qual concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial (MARTINS-COSTA, 2018, p. 43-45)³², passa a ser importante analisar também a sua acepção subjetiva, determinando que cada homem obre seus atos de acordo com o que obraria um homem reto, ou seja, com honestidade, lealdade e probidade perante os casos concretos (ZANETI JR., 2008, p. 409-410).

Isso decorre principalmente da crescente importância das relações comerciais que prescindem do respeito à boa-fé para sua funcionalidade e desenvolvimento, havendo uma necessidade cada vez maior de se observar a lealdade e probidade processual (arts. 5º e 6º, CPC)

³² É possível discernir melhor os fundamentos da boa-fé objetiva através de sua funcionalidade, atuação e eficácia. Isto porque ela seria: i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e de consideração às legítimas expectativas; ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas; iii) via de correção do conteúdo contratual, assim como fonte de interpretação dos negócios jurídicos.

Com isso, as partes, em qualquer ato processual, e principalmente ao celebrarem um negócio jurídico processual, devem agir de acordo com os ditames comportamentais dispostos na boa-fé. Por isso, a convenção processual, reflexo da autonomia das partes, não pode ser utilizada se não com respeito aos deveres processuais legalmente estabelecidos, como os da lealdade, boa-fé ou o da veracidade, porque estabelecidos em nome da retidão no uso dos instrumentos processuais.

Com este entendimento, e com a finalidade de sistematizar tal ideia, é que houve a delimitação do Enunciado n. 405 do FPPC, trazendo os seguintes dizeres, e com base no art. 113 do CC e 190 do CPC: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nesse sentido, qualquer negócio jurídico que fira os princípios determinantes da boa-fé e da cooperação processual, será considerado como viciado, ensejando a configuração de seu abuso e levando às penalidades descritas na teoria das nulidades processuais, conforme será melhor analisado em tópico posterior.

Por isso é que a simulação, ou colusão nos negócios jurídicos, caracterizado como uma mentira dissonante da declaração e intenção das partes, afronta aos princípios da lealdade e boa-fé, sendo assim, espécie de defeito do negócio jurídico, e por isso passível de nulidade tanto no CC (MONTEIRO FILHO, 2007, p. 137-138)³³, quanto no CPC.

Parte III - Elementos de intersecção

1. Negócios Jurídicos: Base Civil à Adaptação Processual – relação de direito material e processual

Em um tema de tão grande conteúdo na esfera do direito civil, como é o tópico dos negócios jurídicos, mister trazer alguns panoramas quanto a esta interligação. Ainda mais porque diversos conceitos utilizados até então no presente artigo advieram do direito material. Portanto, a questão aqui que se insere é demonstrar como é possível que bases teóricas do direito civil venham a solucionar problemas complexos existentes no ramo do direito público.

Primeiramente é importante salientar que esta relação já é antiga, apesar de correntes salientarem por muito tempo a autonomia do direito

³³ No entanto, importante salientar uma certa diferenciação que se fazia em relação aos negócios jurídicos simulados, já que no CC/1916, apenas se considerava defeito capaz de invalidar (anular) o negócio a simulação que fosse praticada com a intenção de prejudicar terceiros ou de violar disposição de lei (art. 103 CC), aquele que não tivesse causa o prejuízo de terceiro, seria causa de anulabilidade e não de nulidade. Atualmente, entretanto, não há que se discutir sobre a intenção das partes, pois o negócio jurídico simulado, qualquer que seja a intenção, é taxativamente nulo (art. 167).

processual e negarem a conexão entre ambos. No entanto, o presente artigo possui como um dos seus pressupostos a correlação imprescindível entre o direito material e processual. Segue-se a noção advinda de Carnelutti, o qual utilizando a expressão “teoria circular dos planos” afirma que entre o processo e direito material há uma relação circular, ou seja, o processo servindo ao direito material, também necessita que seja servido por ele. Portanto, o processo precisa estar adequado ao direito material que pretende servir.

Assim, não há mais sentido nas noções de que haveria autonomia absoluta do direito processual em relação ao direito material. Isso porque o direito processual recebe influência direta de ideologias políticas, sociais constatadas no direito material (ZANETI JR., 2008, p. 418-420), e por isso estão intrinsecamente interligados.

Portanto, o direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano de direito material, sendo o primeiro formado por todo o conjunto de princípios e regras que regulam o exercício de jurisdição, da ação, defesa e do processo, conforme já foi bem delineado pela doutrina processual (BEDAQUE, 2011, p. 15).

Essa combinação que existe entre normas materiais e processuais deve ser harmonizada também para o estudo e análise dos fenômenos jurídicos das convenções processuais. Nesse sentido, as regras que governariam as convenções processuais poderiam ser as mesmas das que delimitam os contratos das leis substantivas (KERN, 2015, p. 219)³⁴, de forma análoga. Isso pode ser ainda mais certo ainda se afirmamos que as regras do direito civil em relação aos contratos seriam regras do direito geral como um todo e assim seriam base para todos os ramos do direito.

No entanto, para se tomar tal afirmação deve se ter cuidado, principalmente no que se refere as regras relativas às nulidades e pressupostos processuais, as quais possuem delimitação e instrumentalidade própria, já que norteadas também pelo princípio finalístico do aproveitamento da convalidação de atos, algo diverso do que ocorre no direito civil, já que não há essa base fundamental de saneamento de vícios. Ou seja, há atos que são insanáveis, algo diferente do que ocorre no processo civil. Além disso, outras normas processuais, não há como se negar, possuem sua autonomia e não podem ser regradas por normas de outros dispositivos.

No entanto, em algumas matérias pode-se afirmar que há a possibilidade de aplicação análoga a soluções dadas pelo direito civil,

³⁴ Nos EUA, por exemplo, para realizar o controle prévio do consentimento das partes nas convenções processuais se considerou utilizar os mesmos pressupostos e requisitos dos contratos do direito material.

principalmente quando não houver regramento próprio no direito processual e que, contudo, seja necessário dar uma resposta ao sistema. Na identificação e classificação dos vícios já está consagrado na doutrina a possibilidade do direito processual se valer da sistemática desenvolvida pelo direito material civil, pois valeria para toda a teoria geral do direito, principalmente em relação a análise nos diferentes planos (existência, validade e eficácia) e suas consequências jurídicas (SICA, 2008, p. 191).

Apesar de se admitir o uso de determinados conceitos do direito civil para o direito processual como um todo, para que isso ocorra é necessário acima de tudo realizar as adaptações cabíveis. Assim, pode-se aplicar às convenções processuais a sistemática da teoria dos negócios regulada no direito civil, mas ao ser utilizada pelo intérprete, deve-se adaptá-la no que tange aos requisitos, efeitos, limites e consequências cabíveis.

Em suma, as normas de direito civil e processual estão intimamente relacionadas, e as primeiras podem ser utilizadas principalmente quando faltar regramento suficiente que delimite uma certa matéria no segundo. Caso ainda não tenham lacunas dispostas no ordenamento processual, seria possível sim combinar com regras do direito civil para fins de interpretação e solução de problemas com maior efetividade, e visando à harmonização concreta, com as adaptações cabíveis.

2. Colusão nos Negócios Jurídicos Processuais

Conforme foi analisado, a simulação acontece no processo civil com o nome de “colusão”. Isso ocorre quando as partes realizam um negócio jurídico com base em fundamentos falsos, e com a finalidade de criar uma determinada situação jurídica que resulte em benefício a uma ou ambas as partes.

No entanto, a simulação processual não ocorre apenas com a propositura de um certo processo simulado, há este quadro também quando se celebra uma convenção processual, em que as partes dispõem alguma alteração procedimental na lide (DIDIER, 2018, p. 38)³⁵, e então se aplicaria o art. 142 do CPC, impondo ao juiz o dever de proferir decisão que coíba a intenção fraudatória das partes.

3. O juiz é Parte da convenção?

De acordo com o princípio da relatividade dos contratos, que também pode ser transposta para o direito processual, a convenção processual

³⁵ Conforme o autor: “As convenções processuais remetem a temas muito técnicos, o que ressalta o perigo de que a disposição sobre garantias processuais inviabilize ou torne muito oneroso o exercício dos direitos materiais, podendo também camuflar situações de ilicitude, ou então de renúncia a direitos fundamentais sobre pelas convenções”.

vincula todas as partes que firmaram o negócio, impondo deveres e direitos de ambas as partes.

No entanto, apesar de existir o *vinculum iuris* para os que anuíram ao negócio jurídico, pode ser que as convenções tragam efeitos também para terceiros, sejam eles positivos ou negativos, são os denominados “efeitos reflexos”, “indiretos” ou “secundários” (CABRAL, 2016, p. 249).

Além destes efeitos, cabe ainda indagar se o juiz participa e faz parte da relação jurídica das convenções processuais ou se é mero observador do acordo ou ainda se apenas recebedor dos efeitos indiretos causados.

Tais questões são muito relevantes para o artigo, pois, com base nelas, poder-se-ia firmar um entendimento correto quanto ao conceito de simulação no processo civil, e se ficar comprovado que o juiz faz parte da convenção processual, talvez indiretamente ele seria responsável também por um acordo simulado no qual não invalidou *prima facie* ou então homologou de pronto. Assim, será preciso responder também os seguintes questionamentos: ficará o juiz vinculado, devendo cumprir e dar cumprimento às disposições pactuadas entre as partes? Deverá homologar as convenções previamente ou exercer um controle posterior de validade e adimplemento?

Para Antônio do Passo Cabral, como não haveria liberdade para o juiz nos termos em que se observa para as partes, o magistrado não poderia ser considerado parte dessas convenções. Apesar disso, ele estaria vinculado a elas³⁶.

3.2 Desnecessidade de homologação prévia das convenções processuais e sua vinculação

Para se refletir se o magistrado seria parte na convenção processual ou não, mister responder a princípio se haveria necessidade de homologação dele quanto a este acordo.

Antes de tudo, importante realizar a divisão entre dois tipos possíveis de atos no processo: *i*) atos estimulantes, em que os efeitos que as partes anseiam não são os diretamente pretendidos, como por exemplo as petições, requerimentos; *ii*) atos determinantes, aqueles que desencadeiam diretamente efeitos processuais ou atingem por si só uma situação jurídica processual, sem haver necessidade de outros sujeitos.

Nesse sentido, seria necessário classificar os negócios jurídicos processuais em relação a estes dois atos para que assim se respondesse à

³⁶ Pedro Henrique Nogueira também entende que o juiz se vincularia diretamente aos negócios jurídicos processuais, devendo ainda promover a implementação de todos os meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes (2018, p. 267).

pergunta se haveria imprescindibilidade da homologação do juiz para os acordos realizados entre as partes.

Enquanto para uma certa doutrina os negócios jurídicos processuais apenas poderiam ser admitidos e ter os efeitos pretendidos pelas partes se houvesse a homologação do juiz, caracterizando-o como atos estimulantes; para outra, considerando os negócios atos determinantes, não haveria necessidade de homologação prévia para se produzirem efeitos, sendo suficiente a vontade negocial das partes para se ter a validade e eficácia direta no processo desde o momento de sua celebração (CABRAL, 2016, p. 144)³⁷.

No entanto, o entendimento que se baseia todos os outros fundamentos decorrentes no artigo é de que seria desnecessária a homologação do juiz para que as convenções processuais tivessem validade e produzissem os efeitos pretendidos pelas partes. Isso porque o art. 200 do CPC/38 é expresso em determinar que os atos das partes, através de declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produziram imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Por isso, além do texto legal já caracterizar as convenções processuais como atos determinantes e por isso com validade e eficácia imediata, o enunciado n. 261 do FPPC já trouxe o regramento da matéria. Se assim não o fosse, tais acordos padeceriam de efetividade e até mesmo perderiam sua razão de ser. Isso porque seria provavelmente muito mais fácil requerer ao juiz e em petição simples que houvesse o acordo a ter que realizar uma convenção para tanto.

Portanto, a homologação das convenções não poderia ser considerada pressuposto para eficácia. Primeiro porque elas decorrem diretamente da autonomia das partes no processo; segundo que, compreender a homologação prévia como necessária significaria negar absolutamente a autonomia na qual a negociação se baseia; e terceiro que pode haver ainda acordos celebrados antes até mesmo do próprio

³⁷ No entanto, o autor afirma que o controle prévio de homologação não é necessário, mas este fato não o exime de efetuar esta adequação a posteriori. No mesmo sentido, Pedro Henrique Nogueira (2018, p. 267) o qual ainda menciona a força do art. 200 do CPC ao determinar que os atos materializados por manifestações de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de situações processuais. Assim como Barbosa Moreira (p. 188), o qual afirmar a desnecessidade de haver pronunciamento homologatório, salvo se houver disposição legal em contrário, citando dispositivo que serviu como base ao CPC atual: art. 158 do CPC/1973.

³⁸ O Enunciado n. 261 do FPPC já determinou que estes atos poderiam ser interpretados também para as convenções processuais, ao dispor: "(arts. 190 e 200). O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, **incluindo as convenções processuais do art. 190.** (Grupo: Negócios Processuais)"

conflito. Pelos motivos expostos, conclui-se que submeter toda e qualquer convenção a controle judiciário seria impraticável.

Além disso, mesmo que a lei dispusesse sobre a necessidade de haver homologação na convenção estipulada entre as partes (como uma exceção a regra geral) ela apenas seria necessária para trazer eficácia ao negócio, mas de forma alguma seria causa de validade e tampouco de existência³⁹.

3.2.1 Hipóteses de homologação e controle prévio

Estabelecidas as premissas que determinam ser prescindível a homologação prévia pelo juiz, deve-se questionar se igualmente haverá desnecessário controle ou fiscalização de algum dos requisitos essenciais às convenções processuais.

Importante frisar que o sistema pressupõe sim o controle de validade desses acordos processuais, entretanto, sem caráter homologatório, mas meramente fiscalizatório e de controle. Este exame de controle está em consonância com o princípio *in dubio pro libertate*, no sentido de que, apesar das partes possuírem livre disposição para manifestarem suas vontades e fazerem valê-las, devem observar os limites impostos pelo ordenamento. Em consonância a isto está a função do magistrado, já que este irá controlar a extensão da vontade das partes em modificar o procedimento estatal, conforme requisitos já anteriormente delimitados.

No entanto, ele não tem o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, mas poderá recusar a sua aplicação em casos de abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de alguma das partes, além de observar se há existência de algum vício de consentimento ou social (CABRAL, 2016, p. 164).

Além desses casos mais explícitos, pode-se ainda recusar a validade da convenção caso seja provado que uma das partes ou ambas não agiram conforme os ditames da boa-fé. Conforme já foi observado, a boa-fé deve ser valorada como norma fundamental e geral no processo, já que também princípio norteador do atual CPC (DIDIER, 2018, p. 175).

Assim, a função de controle do magistrado também se justifica pelo princípio da boa-fé processual, ao evitar o uso desleal dos instrumentos que o Estado põe a disposição dos litigantes para a resolução de conflitos, quando ele verifica que uma das partes ou ambas não agiram conforme os

³⁹ Enunciado n. 133 do FPPC: “(art. 190; art. 200, parágrafo único). Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial (Grupo: Negócios Processuais)”. Assim como Enunciado n. 260 do FPPC: “(art. 190 e 200). A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio. (Grupo Negócios Processuais).

ditames da boa-fé ou cooperação entre elas, ou se ambas não o fizeram em relação a terceiros, em caso, por exemplo, de simulação dentro da esfera das convenções processuais.

No entanto, recusando a validade das convenções realizadas, deve o magistrado fundamentar com muito mais rigor do que faria se apenas declarasse a sua validade, pois a regra é que, não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual.

Uma questão ainda que poderia permear a recusa da validade do negócio processual é o questionamento sobre qual seria o recurso cabível em face dessa decisão. A princípio, a decisão do juiz não poderia ser impugnada por agravo de instrumento, já que não há no rol taxativo do art. 1.015 quaisquer disposições a respeito do tema. No entanto, o inciso III do art. 1.015 dispõe o cabimento deste recurso em face de decisão que rejeitar alegação de convenção de arbitragem, que também pode ser considerada como um negócio processual. Por isso, talvez se pudesse falar em caso de analogia referente a este artigo para assim possibilitar que se impugnasse agravo de instrumento em face de decisão que recusasse a convenção processual (DIDIER, 2018, p. 41).

No entanto, recentemente o STJ⁴⁰ julgou a aplicação do rol de cabimento para agravo de instrumento, descrito em art. 1.015 CPC e delimitando a matéria, entendeu que este dispositivo teria taxatividade mitigada e admitiria a interposição de agravo de instrumento nos casos em que verificados os requisitos da urgência e inutilidade futura do julgamento da questão no recurso de apelação.

Nesse sentido, entendendo que a convenção processual, muitas vezes delimita matérias como calendarização processual em 1ª instância, ou formas de procedimento na execução ou então possibilidade de haver recursos ou não, através da disposição de instâncias, se tais convenções restassem para serem discutidas apenas em apelação, perderiam sua eficácia total, já que não poderiam fazer efeito até a chegada em 2ª instância. Por este motivo, estaria configurada a urgência e inutilidade futura do julgamento da matéria em apelação para que então fosse cabível agravo de instrumento em recusa de convenção processual.

⁴⁰ A Corte Especial do STJ afetou dois recursos especiais sobre o tema da taxatividade do agravo de instrumento quanto ao art. 1.015: REsp n. 1.704.520 e REsp n. 1.696.396. Delimitou-se para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi. Foi cadastrada como Tema 988 e cadastrado com a seguinte redação: “Definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interposição extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo no novo CPC”.

3.2.2 Se Juiz homologa ou controla, faz parte da Convenção simulada?

Já foi explicado em tópico anterior que a convenção processual prescinde de homologação judiciária como causa de produção de efeitos, sendo assim determinados desde logo e diretamente pela manifestação das partes. No entanto, a desnecessária homologação não o exime da realização de seu controle de validade, através da análise dos pressupostos, requisitos e limites essenciais que os negócios jurídicos trazem. O difícil seria delimitar exatamente qual seria a fronteira que separa o controle de validade da homologação judiciária, já que praticamente seus efeitos são muito parecidos.

Essa delimitação temática, e resposta quanto ao papel que dispõe o juiz nas convenções processuais é relevante para delimitar os efeitos e consequências da simulação nos negócios jurídicos processuais. A matéria já foi discutida e concluída pela noção de que a simulação pressupõe participação de todas as partes para que seja assim considerada. O juiz, se considerar que ele não é parte no negócio jurídico processual, não daria causa para o ato jurídico ilícito e, portanto, sua sentença não poderia ser objeto de ação rescisória, conforme predispõe o art. 966, III do CPC.

No entanto, se considerar que a convenção está restrita apenas às partes do negócio, e sua manifestação produz efeitos diretamente no processo, seria apenas causa de nulidade, já que o magistrado teria a função de controlar os atos das partes e declarar a nulidade daqueles que objetivem finalidades diversas do que se espera no processo cível (art. 142, CPC), como por exemplo na simulação. Portanto, não caberia ação rescisória nesse caso, já que a sentença não seria efeito de simulação.

Mas se poderia alegar que, na verdade, a sentença foi influenciada diretamente pelo vício da simulação na convenção processual e se assim o for, caberia ação rescisória. O instituto poderia ser tão influenciável a ponto de regular o próprio andamento de uma execução, com suposta penhora de bens ou transferência, ou num sentido mais amplo, os próprios atos processuais como um todo.

Portanto, aparentemente qualquer decisão judicial restaria influenciada pela convenção processual, até porque ela quem, muitas vezes, atribui a delimitação exata das fases procedimentais, prazos, ou possibilidade de intervenção de terceiros (DA COSTA, 2017). Estas questões trazem grandes consequências para o processo e de maneira reflexa, para a sentença. Com este efeito direto de influência é que seria cabível ação rescisória em caso de decisão transitada em julgado que padeceu de vício (art. 966, III, CPC) nos negócios jurídicos processuais.

Pois, apesar de não haver menção legal expressa da possibilidade de rescisória quando houve colusão das partes nos negócios processuais especificamente, estende-se seus efeitos, considerando-se que a decisão judicial é fortemente influenciada pelas convenções processuais.

Parte IV - Consequências da Colusão nos Negócios Jurídicos Processuais

Já foi explicitado como a colusão pode ocorrer nos negócios jurídicos processuais, pela efetiva transposição de alguns conceitos e classificações do direito civil para o processo civil, assim como estudo mais atento do instituto.

Resta, portanto, analisar quais seriam as consequências necessárias em caso de colusão entre as partes, tendo em vista o critério primordial do princípio de que não deve haver nulidade sem prejuízo.

1. Invalidade no sistema civil e processual

A invalidade do negócio jurídico pode ser inserida com base em dois sistemas conexos entre si: o do direito civil e o do direito processual civil. Importante salientar, entretanto, que grande parte das ideias de invalidade, nulidade, anulabilidade e ineficácia receberam as primeiras formações na doutrina civilista. Assim, o grande desafio que se impôs durante algumas discussões doutrinárias foi de transpor esses conceitos e ideias para o processo civil (SICA, 2008, p. 184).

Em relação aos dois sistemas, Heitor Sica (2008, p. 188) realizou resumida análise a respeito de suas diferenciações, mencionando que a forma dos atos praticados no âmbito processual se encontraria muito mais regrada e detalhada do que nos atos do direito civil. Isto seria basicamente para respeitar a segurança jurídica e previsibilidade das partes em decorrência da observância do princípio do devido processo legal.

Assim, diante dos sistemas do direito civil e do processo civil, restaria indagar qual seria o instrumento utilizado em caso de vício do negócio jurídico processual. No entanto, parece que não seria uma questão de preponderância ou subordinação de um a outro, mas sim de conexão e complementariedade. Isso porque já se tem a ideia de que as regras sobre as nulidades dos atos jurídicos em geral podem ser aplicados no processo, se houver um certo cuidado em sua adaptação e com o conceito de nulidade, que é diverso no direito material e no processual (CABRAL, 2016, p. 420).

Por isso, assim como as regras dos atos jurídicos e dos requisitos comuns para se ter a existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos

do direito civil devem ser aplicados ao processo, também deve se aplicar as regras do sistema de nulidades em vigor, com certas adaptações.

Percebe-se que a admissão da complementariedade do sistema civil ao processo civil já parece ser fato comum no ordenamento brasileiro. Assim, já é possível utilizar no processo a maioria dos conceitos, definições, classificações gerais que permeiam o instituto do negócio jurídico no direito civil e que estão muito mais estruturados na seara do direito privado.

Essa atitude, apesar de um pouco resistente no Brasil, já possui corpo na Alemanha há muito tempo. Isso porque já se reconhecia a relevância das regras do direito civil para a disciplina do *Prozessvertrage* (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 190).

Por tudo exposto, resta claro que essa discussão a respeito de qual sistema seguir parece ter perdido o sentido. Primeiro porque o CPC/1973 e o atual possuem uma seção específica para tratar dos atos processuais e das nulidades, o que facilita muito a delimitação temática e a produção de seus efeitos. Segundo porque a doutrina e jurisprudência já estão mais passíveis a aceitar a aplicação analógica da disciplina das invalidades no direito privado, se houver compatibilidade com o direito processual civil.

Portanto, considerando que após ser formada a relação jurídica processual, o negócio jurídico vê seus efeitos serem processualizados, parece adequado que se aplique para o juízo de cognição, o sistema de formas e invalidades processuais, e não apenas as regras de direito material, mas também é sim possível cogitar da sujeição dos negócios jurídicos processuais a um duplo regime, principalmente na esfera das invalidades (NOGUEIRA, 2018, p. 196).

Apesar de toda esta exposição que torna possível invalidar as convenções processuais simuladas, ressaltamos que haveria um grande problema ainda para a temática. Seria o caso de se refletir como a parte interessada provaria a simulação. Esta problematização já foi muito discutida no direito civil, e por conclusão premeditada, dizemos que esta prova nem sempre é fácil de ser produzida, podendo até mesmo surgir a necessidade de ação própria para tanto.

1.1 Nulidade?

Assim, caso se provasse a convenção processual simulada, o acordo seria passível de nulidade. Mas nem sempre foi assim evidente. Muito se discutiu sobre se os vícios do consentimento ou sociais poderiam ser considerados defeitos aptos a nulificar as convenções processuais (CABRAL, 2016 p. 323). Apenas posteriormente, com o advento do

Enunciado n. 132 do FPPC que se determinou a invalidação de negócios jurídicos atípicos sujeitos a vícios de vontade ou sociais.

Atualmente, não resta dúvida que o erro, dolo, coação e simulação são passíveis de justificar a nulidade do acordo processual. Assim, nestes vícios, a convenção pode ser anulada porque o agente atua só aparentemente de maneira livre, sendo que na realidade sua declaração é viciada. Além disso, estes vícios ainda devem ser conhecidos de ofício pelo juiz (art. 190, parágrafo único do CPC), que deve decretar a nulidade já debatida há pouco. No entanto, a parte também pode provocar o conhecimento a respeito desses defeitos, podendo invocar antes do início do processo ou no curso dele (CABRAL, 2016, p. 326).

Importante salientar também e através de um escopo mais social que o sistema vem repudiar este negócio jurídico falso principalmente porque além de viciar a sua vontade, muitas vezes, gera danos para terceiros que nem ao menos participaram do negócio, ou seja, violando o próprio princípio da relatividade dos contratos que deveria ser observado no sistema. Assim, é com esta visão que o ato simulado se torna ilícito na medida que impede o cumprimento da função social do negócio jurídico.

2. Contraditório prévio e possibilidade de reanálise da convenção

Para adentrar mais especificamente na consequência do ato ilícito, importante frisar que qualquer decisão que venha a invalidar a convenção processual, deve possuir um ônus argumentativo muito maior do que se possibilitasse sua validade, e para completar deve respeitar o contraditório, por um princípio, além de processual (art. 7º CPC), precipuamente constitucional (art. 5º, LV, CF).

Nesse sentido, deve-se permitir que as partes se manifestem quanto a pronúncia de invalidade, e é o que determina também o Enunciado n. 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

Além disso, é imprescindível que se verifique a máxima processual *pas de nullité sans grief*, ou seja, não havendo realmente prejuízo para terceiros, e nem ato ilícito propriamente dito, deve-se tentar ao máximo preservar os seus efeitos e o ato querido. No entanto, essa análise deve se ater ao caso concreto, que deve afastar a possível má-fé que pode ter havido no acordo.

CONCLUSÃO

Há grande importância dos negócios jurídicos processuais para as relações econômicas, e aos particulares para gestão mais eficiente do processo. Nesse sentido, apesar da prevalência da autonomia privada na

administração de regras procedimentais, esta não pode ser considerada como um princípio absoluto. Ou seja, deve haver limites para evitar deturpações do instituto pelo uso distinto de sua normalidade.

Assim, apesar de existirem restrições e limitações à autonomia privada, muito dificilmente se eliminam as eventuais intenções que corrompem as finalidades do instituto. As convenções, assim como qualquer outro instrumento a favor de interesses privados, podem sofrer desvios e serem pervertidos em seus objetivos primordiais, por conta de interesses egoísticos das partes, como é o caso da existência de colusão processual.

Entretanto, isso não pode ser motivo para afastar a possibilidade de existirem convenções processuais, nem mesmo as atípicas., mas sim incentivo para se estudar e analisar as diversas possibilidades de desvios nas convenções processuais a fim de se evitar eventuais vícios e preservar suas verdadeiras finalidades sociais, econômicas e jurídicas.

Neste sentido é que se pretendeu trazer um breve panorama sobre as convenções processuais, o instituto da simulação do direito civil, o da colusão no processo e assim delimitar as possíveis transposições entre os dois sistemas. Objetivou-se assim incentivar maiores estudos e análises de hipóteses controvertidas e resultantes de uma maior atribuição autônoma às partes no direcionamento de litígios. Isto tudo por consequência de uma mudança paradigmática num cenário em que inicialmente apenas o Estado atuava por suas normas cogentes e impassíveis de flexibilização pelo regramento da vontade dos sujeitos processuais.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Leandro Santos; DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Julia. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. *Revista de Processo*, n. 33, jan-mar, 1984, p. 182-191.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. in BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato jurídico Processual – Plano da Existência*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, no. 148, jun., 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodium, 2016.

CÁMARA, Hector. *Simulacion em los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

DAVIS, Keving E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for procedure*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 165-212.

DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais*. in DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podium, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOS SANTOS, Tatiana Simões. *Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 675-687.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.

GAINO, Itamar. *A simulação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERN, Christoph A. *Procedural Contracts in Germany*. in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 213-225.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DE VALIDADE*. 12 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2013.

MELLO, MARCOS BERNARDES DE. *TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EFICÁCIA*. SÃO PAULO: SARAIVA, 2003.

MITIDIERO, DANIEL; MARINONI, LUIZ GUILHERME. *AÇÃO RESCISÓRIA – DO JUÍZO RESCINDENTE AO JUÍZO RESCISÓRIO*. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017.

MONTEIRO FILHO, RALPHO WALDO BARROS. *NEGÓCIO JURÍDICO – VÍCIOS SOCIAIS*. CURITIBA: JURUÁ, 2007.

MÜLLER, JULIO GUILHERME. *ACORDO PROCESSUAL E GESTÃO COMPARTILHADA DO PROCEDIMENTO*. IN FREIRE, ALEXANDRE ET ALII (ORG.). *NOVAS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL*. SALVADOR: JUS PODIUM, VOL. III, 2014.

NOGUEIRA, PEDRO HENRIQUE. *NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS*. 3 ED. SALVADOR: JUSPODIUM, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II – Fatos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III – Negócios Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil*, in BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

YARSHELL, Fávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* in CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 75-92.

ZANETI JR., Hermes. *A teoria Circular dos Planos – Direito Material e Direito Processual*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6 ed. Salvador: Juspodium, 2008.

A REGULAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE DE PREÇOS NO MERCADO DE RESERVAS DE ACOMODAÇÕES ONLINE AO REDOR DO MUNDO

Pedro Pinto Costa Bittencourt Barbosa¹

RESUMO

O presente trabalho destina-se a revisar o tratamento legal que vem sendo dado às Cláusulas de Paridade de Preços entre Plataformas, com foco no mercado das agências de reserva de hospedagem online, buscando, ainda, identificar os principais argumentos e critérios utilizados pelas Autoridades da Concorrência Nacionais, notadamente, as europeias, as norte-americanas e a brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Recentemente, devido ao crescimento acelerado do comércio eletrônico (*e-commerce*), tornaram-se comuns as **Cláusulas de Paridade de Preços entre Plataformas**, através das quais Plataformas de Distribuição Online obrigam seus fornecedores a não ofertar preços ou condições melhores a outras plataformas online. A depender do alcance das referidas cláusulas, que, como será exposto, apresentam-se nas modalidades ampla e restrita, severos prejuízos podem ser impostos ao comerciante individual, bem como ao mercado em geral, a partir da prática de uniformização de preços e de impedimento de entrada de novos interessados no mercado.

ABSTRACT

This paper aims to review the legal treatment given to Parity Clauses (most favoured nation clause), especially regarding online travel agencies businesses, identifying the main arguments and criteria considered by the european and north american National Competition Authorities and also the brazilian Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Recently, due to the speedy growth of e-commerce, parity clauses became a staple, through which Online Distribution Platforms compel their suppliers not to offer better prices or conditions to other online platforms. Depending on the scope of such clauses (narrow clauses or wide clauses) severe damage may be imposed to the Market and its players, such as price fixing and blockage of new interested potential players.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Palavras-chave: paridade de preços; *online travel agencies*; hotéis; concorrência.

1. Introdução

Desde 2010, como resultado de investigações iniciadas no Reino Unido e na Alemanha, Cláusulas de Paridade de Preços e seus possíveis efeitos danosos à Concorrência, vêm sendo investigadas pela Comissão Europeia, bem como pelas Autoridades da Concorrência Nacionais de diversos países do mundo. Cláusulas de Paridade de Preços, em suma explicação, são disposições contratuais pelas quais um comprador obriga um vendedor a não oferecer a demais compradores preços ou condições melhores do que as oferecidas ao primeiro.

Recentemente, devido ao crescimento acelerado do comércio eletrônico (*e-commerce*), tornaram-se comuns as **Cláusulas de Paridade de Preços entre Plataformas**, através das quais Plataformas de Distribuição Online obrigam seus fornecedores a não ofertar preços ou condições melhores a outras plataformas online. A depender do alcance das referidas cláusulas, a imposição pode chegar a proibir o fornecedor de ofertar seus produtos por preços e condições diversas em sua própria plataforma online ou até mesmo em meios offline de venda, como, por exemplo, em lojas físicas. Ao longo dos últimos anos, o principal alvo das investigações das Autoridades da Concorrência Nacionais nessa seara foi o mercado de reservas de acomodações online.

De 2013 a 2015, as investigações tomadas pelas Autoridades da Concorrência da Alemanha, França, Itália e Suécia, em conjunto com a Comissão Europeia, levaram a acordos pelos quais grandes empresas do ramo, nomeadamente a Booking.com e a Expedia, comprometeram-se a modificar suas Cláusulas de Paridade, evoluindo de um modelo de alcance amplo para uma alternativa de alcance restrito.

O acordo entre as referidas empresas e a Comissão Europeia parecia pacificar a questão, contudo, o enquadramento legal das Cláusulas de Paridade vem ganhando novos contornos, visto que, desde 2016, França, Áustria, Itália e Bélgica decretaram a nulidade de todas as cláusulas do gênero pela via legislativa, a despeito dos compromissos firmados no âmbito regulatório. Paralelamente, principalmente em 2017 e em 2018, verificam-se diversas medidas e decisões contrárias à prática tomadas em países como Suécia, Áustria, Brasil, Nova Zelândia, Austrália, Cingapura e Estados Unidos.

Diante do exposto, o presente trabalho destina-se a revisar o tratamento legal que vem sendo dado, internacionalmente, considerando a realidade europeia, norteamericana e brasileira, às Cláusulas de Paridade

de Preços entre Plataformas, com foco no mercado das agências de reserva de hospedagem online, buscando, ainda, identificar os principais argumentos e critérios utilizados pelas Autoridades da Concorrência ao redor do mundo.

2. Os Agentes no Mercado de Reserva de Hospedagem Online e os diversos modelos de Cláusula de Paridade de Preços

A fim de melhor identificar o objeto de estudo deste trabalho, cumpre primeiro esclarecer o mercado em discussão, bem como as partes que se relacionam dentro deste. As Agências de Reserva de Hospedagem Online, largamente denominadas como Online Travel Agents na literatura internacional e, a partir de agora, referenciadas apenas como “OTAs” são plataformas online pelas quais distribuidores (OTAs) ofertam os produtos de fornecedores (Hotéis) a compradores (Consumidor Final).

O benefício imediato que se pode imaginar de tal relação de consumo é que o consumidor final poderá economizar tempo e dinheiro, a partir do momento em que tem a sua disposição, de maneira rápida e simples, centenas de opções de hospedagem para o destino desejado, podendo ainda filtrar os resultados da busca de acordo com os critérios e as condições que mais o agradarem.

Seguidamente, cumpre delimitar, também, o conceito de Cláusula de Paridade de Preços (também conhecida como *most-favoured-nation clause*). Como visto, trata-se de uma obrigação contratual pela qual o comprador obriga um vendedor a não oferecer melhores preços ou condições a outros compradores. Dentro desse gênero, há a espécie **Cláusula de Paridade de Preços entre Plataformas**, que difere do modelo simples porque consiste em um acordo entre fornecedores e distribuidores sobre os preços que os fornecedores poderão cobrar a consumidores finais através de plataformas rivais. Nesse sentido, se um hotel específico pretende ofertar um determinado quarto por um determinado preço na plataforma com a qual possui um contrato nestes termos, não poderá ofertar o mesmo quarto por preços menores ou com condições mais vantajosas em qualquer outra plataforma concorrente. Este é o tipo de Cláusula de Paridade que importa para este trabalho.

Ademais, a depender do alcance da referida cláusula, esta pode ser classificada como Cláusula de Paridade Ampla (*wide clause*) ou Restrita (*narrow clause*), de acordo com o alcance que pretende dar ao termo “Plataforma Concorrente”. Nas Cláusulas de Paridade Amplas, o fornecedor se vê na obrigação de manter a paridade de preços até mesmo se oferta o mesmo produto em website próprio ou em meios off-line de venda (telefone, balcão de reservas, agência física, etc.).

As Cláusulas de Paridade Restritas também impedem que o hotel ofereça quartos por preço ou condições diferenciadas em plataforma online própria, mas, de modo geral, permitem que o fornecedor ofereça preços e condições variadas em OTAs diferentes. São permitidas, também, ofertas diferenciadas em canais de venda offline, desde que não sejam anunciadas em canais online. Uma última permissão encontrada em algumas Cláusulas de Paridade Restritas é a possibilidade de ofertas dentro da plataforma online do fornecedor, desde que consistam em ofertas personalizadas para consumidores que detêm algum vínculo prévio com o fornecedor, por exemplo, um cliente fidelizado ou cadastrado.

Feitas tais considerações, cumpre agora investigar sobre quais fundamentos as Autoridades da Concorrência Nacionais vêm qualificando a prática de Cláusulas de Paridade como práticas prejudiciais à concorrência.

De modo geral, as Autoridades da Concorrência vêm apontando que decorrem da prática efeitos colusivos e exclusivos. O efeito colusivo diz respeito à uniformização de preços, sustentando que a aplicação desenfreada de Cláusulas de Paridade arrefece a competição por menores preços entre OTAs, uma vez que os próprios Hotéis são obrigados a regular seus preços entre todas as plataformas. Ademais, tudo indica que a acomodação das OTAs resulta na supervalorização de preços e com a estagnação das tecnologias aplicadas no mercado.

O efeito exclusivo concerne à elevação de barreiras à entrada de novos agentes no mercado. Por exemplo, caso uma nova OTA deseje adentrar ao mercado, em virtude da disseminação das Cláusulas de Paridade, não terá como negociar junto aos Hotéis preços e condições diferenciadas, a fim de proporcionar um custo menor ao consumidor final e assim projetar seu negócio.

As OTAs, por sua vez, alegam que utilizam tais cláusulas para evitar a prática de efeito carona (*free riding*), que ocorre quando um consumidor utiliza a ferramenta da OTA para filtrar resultados de pesquisa, mas efetua a reserva através de outra plataforma mais vantajosa. Como será visto, esse argumento é parcialmente aceito ao redor do mundo, tendo angariado mais respaldo em alguns países do que em outros.

3. A Experiência Europeia

A primeira medida antitruste a ser mencionada ocorreu na Alemanha, em 2013, quando a *Bundeskartellamt* (Agência Antitruste Federal) decidiu por proibir a HRS – gigante alemã do mercado de OTAs – de impor qualquer cláusula de paridade contra hotéis contratados e divulgados em sua plataforma, obrigando-a, em seguida, a remover tal

cláusula de todos os seus contratos. A autoridade alemã entendeu que a prática restringia a concorrência nos termos da legislação europeia e nacional. A *Bundeskartellamt* fez a interessante escolha de denunciar a prática das empresas HRS e Booking.com com fulcro no Art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)², tratando-se, portanto, na ótica da autoridade alemã, de um acordo entre empresas com efeitos prejudiciais à concorrência.

A professora Pinar Akman, por outro lado, defende que o Art. 102 do TFUE³ seria mais juridicamente adequado para enquadrar as condutas contestadas pela *Bundeskartellamt*. Isso porque a verificação de abuso de posição dominante não exige que apenas uma empresa exerça dominância em um mercado. A posição dominante pode ser exercida por um grupo de empresas que, juntas, conseguem adotar uma política de negócios comum, agindo unilateralmente, a despeito de concorrentes, dos fornecedores e dos consumidores finais. Nessa esteira, cabe indicar que, no caso alemão, a HRS, a Booking.com e a Expedia possuíam, juntas, 90% do mercado na Alemanha (AKMAN, 2015)⁴.

Foi o que ocorreu em outro exemplo de atuação da Comissão Europeia contra Cláusulas de Paridade de Preços entre plataformas, relativo aos acordos para venda de *e-books* entre a Amazon e escritores⁵. As cláusulas contestadas pela Comissão obrigavam escritores a equiparar

² Art. 101, inciso I, do TFUE. 1 – São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

³ Art. 102 do TFUE. É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

⁴ AKMAN, Pinar. A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses. CCP Working Paper 15-12, 2015.

⁵ CASE AR. 40153 E-book MFNs and related matters (Amazon). European Commission Competitive DG. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf>

o preço da venda de seus livros em outras plataformas aos mesmos preços e condições pelas quais vendiam na plataforma da Amazon. Naquela ocasião, a Comissão entendeu que a conduta da Amazon se enquadrava no Art. 102 do TFUE, uma vez que a conduta da Amazon, que ocupava posição dominante, seria abusiva ao limitar a entrada de novos concorrentes e a inovação no setor, além de promover a alta de preços dos produtos ofertados. Após os trabalhos da Comissão, a Amazon concordou em retirar Cláusulas de Paridade de seus contratos, mas apenas na Europa.

A despeito disso, a *Bundeskartellamt*, em ambos os casos, fundamentou sua decisão com base no que dispõe o Art. 101 do TFUE e foi além, esclarecendo, ainda, que a conduta das OTAs não se encaixaria nas exceções dispostas no Art. 101 (3), como fora alegado pelas empresas, porque, para que o contrário seja verdadeiro, i) a prática deve contribuir para a produção, a distribuição ou o progresso técnico ou econômico dos serviços; ii) a prática deve garantir retorno razoável aos consumidores finais; iii) as restrições impostas devem ser indispensáveis para a prestação do serviço e iv) a prática não pode excluir ou impedir o acesso da concorrência. A *Bundeskartellamt* considerou que a prática não satisfazia cumulativamente esses quatro requisitos, destacando, por fim, que as empresas não trouxeram provas suficientes a fim de demonstrar a ocorrência de efeito carona por parte dos consumidores.

Posteriormente, em Junho de 2019, o entendimento de 2013 da *Bundeskartellamt* perdeu forças diante de decisão em sentido contrário proferida pelo Tribunal Regional de Dusseldorf (*Oberlandsgericht*), em caso concreto envolvendo a Booking.com⁶. A corte regional autorizou a utilização de Cláusula de Paridade Restrita em contrato entre a OTA e uma rede hoteleira, fundamentando sua decisão justamente no argumento mais utilizado pelas agências online: que as cláusulas de paridade prestam, primordialmente, para evitar o efeito carona por parte dos consumidores finais. Em pronunciamento, o atual presidente da *Bundeskartellamt* classificou a decisão como lamentável, especialmente por se tratar da Booking.com, atualmente detentora de 60% do mercado de agências online na Alemanha, defendendo, ainda, a proibição geral de cláusulas de paridade⁷.

⁶ DEUSCHLE, Adrian. The Düsseldorf Court: Booking Needs 'Most Favoured Nation' Clauses. 2019. Disponível em: <<https://www.d-kart.de/en/olg-duesseldorf-booking-braucht-bestpreisklauseln/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁷ FRITZ, Karina Nunes. Booking.com pode impor cláusula de melhor preço aos hotéis. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/GermanReport/133,MI304114,31047-Bookingcom+pode+impor+clausula+de+melhor+preco+aos+hoteis>>

Não obstante, a histórica atuação da autoridade alemã, em 2013, pode ter influenciado outros países europeus, uma vez que, pouco depois, França, Itália e Áustria proibiram, pela via legislativa, de forma geral e irrestrita a inclusão de Cláusulas de Paridade de Preços em contratos entre OTAs e Hotéis. Vale ressaltar que França e Itália participaram do grupo que, juntamente da Comissão Europeia, aceitou, em Abril de 2015, os compromissos propostos pela Booking.com e Expedia, em que as empresas se comprometeram a adotar um modelo de Cláusula de Paridade Restrita em todos os Estados-membros da União Europeia, em oposição ao modelo antigo, de alcance amplo. Naquela ocasião, as Autoridades da Concorrência Nacionais haviam entendido que o efeito carona era uma realidade do mercado, e que isso poderia inviabilizar o negócio das OTAs e que o volume de reservas feitas nos websites dos Hotéis era muito menor, de forma que haveria margem para restringir os preços nessas plataformas.

A despeito disso, na França, em Agosto de 2015 entrou em vigor a Lei nº 2015-900, conhecida como Lei Macron (*Loi Macron*), pela qual passaram a ser proibidas Cláusulas de Paridade. A referida lei dispõe que as OTAs atuam como representantes dos Hotéis na venda de seus produtos, estando, porém, vedadas quaisquer práticas de imposição de preços, cabendo aos hotéis representados a liberdade para precificar seus serviços a qualquer valor, em qualquer plataforma.⁸

Na Áustria, após uma consulta popular feita entre Junho e Julho de 2016 foi aprovado o texto de um projeto de lei, que acabou consolidado e publicado como lei, emendando o Ato Federal contra Concorrência Desleal de 1984, proibindo, de forma geral e irrestrita, a implementação de Cláusula de Paridade, assim como na França⁹.

Na Itália, a Lei Nacional da Concorrência foi complementada pela Lei Anual do Mercado e da Concorrência nº. 124-2017(*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*), dispondo que , em tradução livre¹⁰: “É nulo qualquer acordo pelo qual o hotel se comprometa a não ofertar à clientela

⁸ France - Macron Law: A Focus on Online Hotel Reservation Platforms. Disponível em: <https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition_EU_and_Regulatory/MACRON_LAW_FRANCE#2>

⁹ Ban on most-favoured nation clauses in online travel sector – end of online booking services? Disponível em: <<https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Tech-Data-Telecoms-Media/Austria/Schoenherr-Attorneys-at-Law/Ban-on-most-favoured-nation-clauses-in-online-travel-sector-end-of-online-booking-services>>

¹⁰ Legge 124 del 2017. Original disponível em: < http://www.cng.it/comunicazioni/concorrenza_legge.pdf>: 166. E’ nullo ogni patto con il quale l’impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalita’ e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto.

final, por qualquer meio ou instrumento, os preços, prazos e quaisquer outras condições melhores que as ofertadas pela mesma empresa através de terceiros, independentemente da lei que rege o contrato.”

Na Bélgica, um projeto de lei destinado a regular a prática de Cláusulas de Paridade de Preços entre Plataformas foi apresentado em Novembro de 2017, entrando em vigência como lei em 20 de Julho de 2018. A ação legislativa contou com a iniciativa de associações de hotelaria e turismo locais¹¹.

Na Suécia, em Agosto de 2018, a Corte de Patentes e Mercados de Estocolmo (*Stockholms Tingsrätt Patent- och marknadsdomstolen*) decidiu contra a Booking.com em um caso ajuizado por uma associação de turismo local. Naquela ocasião, a Corte declarou com base nos documentos trazidos ao caso que hotéis normalmente aumentavam seus preços para evitar violar a proibição da Cláusula de Paridade Restrita, resultando em uma alta de preços para o consumidor e em uma imposição desarrazada ao fornecedor.

A Corte afirmou que a Booking.com não depende exclusivamente da referida obrigação para manter seu negócio lucrativo, visto que seus serviços possuem alcance e uma base de clientes muito maior do que websites de hotéis ¹². Assim, como a *Bundeskartellamt* alemã, a Corte Sueca, que atuou com apoio da Autoridade da Concorrência Nacional, fundamentou a proibição com base no Art. 101 do TFUE, ressaltando ainda que não se trataria de uma prática restritiva pelo objeto da contratação, mas sim uma constatação de efeitos danosos decorrentes da prática.

Não obstante, cerca de um ano depois, em Maio de 2019, a Corte Federal de Apelação de Patentes e Mercados, instância diretamente superior àquela supracitada, reformou a decisão da última, não tendo vislumbrado suficiente prova de danos causados à concorrência, consignando, ainda, que as Cláusulas de Paridade Restritas não possuem objetivo inerentemente anticoncorrencial, mas apenas apresentam potenciais efeitos danosos à concorrência, que devem ser analisados e tratados caso-a-caso¹³.

¹¹ Belgium the 5th country in Europe allowing for price setting freedom for hoteliers. Disponível em: <<https://www.hotrec.eu/wp-content/customer-area/storage/fbe1a334b31509a99f2f3f1a3a75daaa/D-0718-203-DM-Press-Release-Belgium-parity-clause-ban.pdf>>

¹² Booking.com ordered to amend Swedish price parity clauses. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1172496/bookingcom-ordered-to-amend-swedish-price-parity-clauses>>

¹³ SUÉCIA. Hotellbranschen förlorar konkurrensmål mot Booking. 2019. Disponível em: <<http://www.patentochmarknadsoverdomstolen.se/Nyheter--pressmeddelanden/Hotellbranschen-forlorar-konkurrensmal-mot-Booking/>>

Por fim, na Dinamarca, a Autoridade da Concorrência dinamarquesa (*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*), em Março de 2018, declarou que iniciara trabalhos investigativos a respeito dos possíveis efeitos restritivos à concorrência que podem decorrer da implementação de tais cláusulas no mercado de reservas online¹⁴, tendo apresentado os resultados obtidos no ano seguinte¹⁵, concluindo que houve certo aumento na concorrência no referido mercado. Em 2017, cerca de 71% dos hotéis ofertavam os mesmos preços em todas as plataformas online, o que indicava possível efeito colusivo de ajuste de preços entre tais agentes.

Em 2018, por outro lado, “apenas” metade dos hotéis participantes da pesquisa afirmaram equiparar preços ofertados às OTAs. Não obstante, o dado que mais chamou a atenção da Autoridade da Concorrência dinamarquesa foi que surpreendentes 40% dos hotéis participantes informaram não saber que, desde 2015, não são obrigados a aceitar Cláusula de Paridade Amplas em seus contratos com as OTAs¹⁶, o que levou a Autoridade dinamarquesa a afirmar que empenharão esforços no sentido de difundir conhecimento sobre o tema.

Nota-se que uma série de países europeus adotou uma “solução caseira” a fim de dar contornos mais rigorosos aos compromissos firmados por Booking.com e Expedia após o primeiro estudo feito pela Comissão Europeia e algumas Autoridades da Concorrência Nacionais em 2015.

É possível que tal abordagem se justifique diante de pesquisas, como o próprio relatório da European Competition Network (ECN)¹⁷, dentre outras¹⁸, que, embora não tenham indicado resultados alarmantes, demonstraram que a proibição ou a limitação da prática resultou em diferenciação de preços e de serviços ofertados por hotéis, bem como impulsionou inovações por parte das OTAs. Paralelamente, importante ressaltar também a atuação de associações de profissionais do ramo da

¹⁴ The Danish Competition And Consumer Authority Focuses Its Attention On Hotel Booking Platforms. Disponível em: <<https://en.kromannreumert.com/News/2018/04/The-Danish-Competition-and-Consumer-Authority-focuses-its-attention-on-hotel-booking-platforms>>

¹⁵ DINAMARCA. Bookingplatforme kan have skabt vækst hos danske hoteller. 2019. Disponível em: <<https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2019/20190201-bookingplatforme/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁶ MADSEN, Andreas Riis. NEW ANALYSIS OF THE USE OF PRICE CLAUSES FOR BOOKING PLATFORMS. 2019. Disponível em: <<https://en.kromannreumert.com/News/2019/03/New-analysis-of-the-use-of-price-clauses-for-booking-platforms>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁷ European Competition Network. Report on the Monitoring Exercise Carried out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016.

¹⁸ MANTOVANI, Andrea et al. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. NET Institute. Working Paper #17-04. September 2017.

hotelaria, como a HOTREC¹⁹, que mobilizou a classe e persistentemente impulsionou o debate junto a importantes agentes dos governos.

Noutro sentido, observa-se que, no contexto europeu, as decisões judiciais mais recentes, notadamente, na Alemanha e na Suécia, bem como os levantamentos divulgados em 2019, como a pesquisa da Autoridade da Concorrência dinamarquesa ou ainda o relatório “Competition Policy for the Digital Era”, da Comissão Europeia, vêm, todos, abrindo caminho para as Cláusulas de Paridade Restritas.

O relatório da Comissão Europeia concluiu que tais cláusulas não necessariamente impõem danos à concorrência, devendo ser realizada uma análise caso-a-caso pela respectiva autoridade competente. Ainda, deve-se observar, sempre, o grau de concorrência entre as OTAs, de modo que, em um cenário de mercado competitivo, as Cláusulas de Paridade Restritas devem ser permitidas, de forma a proteger o investimento das OTAs, evitando-se o efeito carona por parte dos consumidores que não poderão buscar menores preços diretamente no fornecedor. Noutro passo, a Comissão entende que, em um cenário de mercado arrefecido, nem mesmo as cláusulas restritas merecem guarida, uma vez que apenas preços ofertados fora do âmbito das OTAs poderiam incentivar a competição naquele mercado²⁰.

4. Regulação da prática mundo afora: Brasil, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia e Cingapura.

Não somente na Europa as Autoridades da Concorrência Nacionais voltaram suas atenções às Cláusulas de Paridade de Preços no mercado de reservas de hospedagem online. Em 2016, Austrália e Nova Zelândia tomaram medidas a fim de limitar tal prática. Em ambos os países, assim como no Brasil, foi acordado com as OTAs a transição do modelo de Cláusula de Paridade Ampla para o de alcance restrito. Não obstante, tais acordos têm prazos curtos, de forma que as Autoridades da Concorrência revisarão as medidas tomadas ao fim do período acordado ou a qualquer momento se constatados efeitos danosos à concorrência.

Nos Estados Unidos, como será demonstrado adiante, ainda não houve decisão favorável à limitação de Cláusulas de Paridade nas relações entre OTAs e Hotéis. Enquanto que, no hemisfério oposto, em Cingapura, neste ano, a Autoridade da Concorrência local declarou iniciar estudo

19 HOTREC é a associação “guarda-chuva” de Hotéis, Restaurantes, Cafés e estabelecimentos afins na Europa, totalizando 43 associações ativas em 30 países. Disponível em: <<https://www.hotrec.eu/>>

20 UNIÃO EUROPEIA, European Commission Competitive DG. **Competition Policy in the Digital Era**. Disponível em: < <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> >. Acesso em: 12 set. 2019.

de mercado relativo à prática em discussão, o que pode impulsionar a pesquisa e a regulação em outros países asiáticos.

No caso brasileiro, uma representação contra a Booking.com, a Expedia e a Decolar.com foi apresentada perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A referida representação, com fulcro na Lei nº 12.529/2011²¹, culminou com a assinatura de um Termo de Compromisso entre o CADE e as maiores OTAs em atividade no mercado brasileiro.

Apesar da aparente tendência europeia de proibição integral das Cláusulas de Paridade, o CADE optou por acordar a limitação da prática, acreditando ser “a melhor solução para que se promova maior competição no mercado de reservas de acomodações online de maneira tempestiva”.

O modelo adotado no acordo veda a exigência de paridade, salvo em casos de i) ofertas de livre acesso ao público geral no website do hotel, sendo permitidas ofertas especiais para membros cadastrados; ii) ofertas diretas do hotel por meio de ferramentas de pesquisa de *metasearch*, isto é, websites que agrupam os resultados de pesquisa de outros sites e iii) ofertas de reservas apenas realizáveis por meios offline, mas divulgadas em ou através de qualquer plataforma online ²².

No geral, nota-se que a preocupação do CADE foi impossibilitar que ofertas melhores que as comercializadas pelas OTAs fossem divulgadas em outras plataformas online de livre acesso. Destaca-se que, independentemente da plataforma escolhida pelo fornecedor, não há qualquer proibição referente à quantidade de acomodações que poderá oferecer ou a condições especiais que poderá incluir nas ofertas, conferindo, em última análise, maior liberdade aos hotéis.

Nos Estados Unidos, ao contrário dos exemplos anteriores, verifica-se a ausência de medidas regulatórias a respeito de Cláusulas de Paridade no mercado das OTAs. Isso pode ser devido ao fato de que, em 2014, uma tentativa de regulação do setor pela via judicial veio a fracassar. Na ocasião, foi ajuizada ação contra oito OTAs, alegando que estas estariam praticando fixação de preços através da adoção simultânea de Cláusulas de

²¹ A representação foi embasada em diversas condutas previstas no Art. 36, I e IV, c/c §3º, III, IV e IX, tais como limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; exercer de forma abusiva posição dominante; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros.

²² NOTA TÉCNICA Nº 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Disponível em: <<https://www.mpms.mp.br/portal/download.php?codigo=48771>>

Paridade de Preços. Ocorre, contudo, que a corte competente considerou que os demandantes não trouxeram prova suficiente a fim de demonstrar que as oito OTAs agiam de forma concertada. Sendo assim, o caso foi inadmitido e o mérito da alegação de restrição da concorrência sequer foi apreciado pela corte²³.

Os pesquisadores (BAKER e SCOTT MORTON, 2018)²⁴ explicam que a principal dificuldade para coibir práticas de Cláusulas de Paridade nos Estados Unidos pela via judicial é o enquadramento das condutas contestadas dentro das Seções 1 e 2 do Sherman Act, lei antitruste de 1890. A Seção 1, à grosso modo, poderia abranger acordos verticais ou horizontais de fixação de preços, enquanto que a Seção 2 vedaria o abuso de posição dominante. Ocorre que, em ambas as hipóteses, requer-se contundente demonstração fática e probatória de que há, de fato, colusão entre empresas, no caso da Seção 1; e monopólio ou reais riscos de monopólio de mercado, no caso da Seção 2.

Por outro lado, as cortes americanas convergem no sentido de que, se os demandantes apresentarem reais indícios de colusão ou práticas predatórias, o ônus da prova pode ser invertido, cabendo às empresas demandadas a produção probatória e aos demandantes a demonstração de danos com base nas provas produzidas. Nesse sentido, considerando ainda a relevância que é conferida a este mercado nos Estados Unidos, os pesquisadores acreditam que a questão logo receberá novo tratamento por lá.

5. Conclusão

Como visto, discute-se, globalmente, o tratamento regulatório dado às cláusulas de paridade desde 2013, tendo a discussão atingido clímax em 2015, na ocasião dos compromissos firmados por Booking.com e Expedia na Europa.

Em momento subsequente, diversos países europeus optaram por “soluções caseiras” para regular de forma ainda mais rígida a aplicação de Cláusulas de Paridade de Preços, diante de pesquisas iniciais alarmantes no sentido de que a prática estaria infringindo a ordem econômica europeia. As medidas foram tomadas tanto pela via legislativa, no caso da Itália, da França, da Áustria e da Bélgica, quanto pela via judicial, no caso da Alemanha e da Suécia.

²³ Federal Court Dismisses Antitrust Action Against U.S. Hotel Companies and Online Travel Companies. Disponível em: < <https://blogs.orrick.com/antitrust/2014/04/08/federal-court-dismisses-antitrust-action-against-u-s-hotel-companies-and-online-travel-companies/> >

²⁴ BAKER, Jonathan B.; SCOTT MORTON, Fiona. Antitrust Enforcement Against Platform MFNs. Yale Law Journal, 2018.

Ainda, em um terceiro momento, os avanços no contexto europeu parecem indicar tolerância cada vez maior às Cláusulas de Paridade Restritas, após novos levantamentos, notadamente o relatório “Competition Policy for the Digital Era”, da Comissão Europeia, que aponta a possibilidade de se harmonizar a aplicação tais cláusulas com medidas pontuais de antitruste, devendo tal análise ser realizada caso-a-caso.

Nesse sentido, nota-se que os países europeus, de modo geral, transitaram do modelo de tolerância às Cláusulas de Paridade Restritas para o banimento integral da prática e agora parecem estar caminhando de volta para a situação anterior. Nos países americanos, notadamente, Brasil e Estados Unidos, jamais se cogitou qualquer banimento geral de tais cláusulas, privilegiando-se uma abordagem menos intervencionista na economia.

Com efeito, o parecer do CADE se posiciona acertadamente no meio-termo entre as duas correntes, ao passo que não vedou as cláusulas de paridade, permitindo-as na modalidade restrita, delimitando, ainda, exceções interessantes, tais como a possibilidade de o fornecedor ofertar preços e condições diferenciadas em canais próprios offline (mesmo que divulgados online) ou até mesmo puramente online, mediante programas de fidelização de clientes nos websites dos fornecedores, privilegiando, também, a liberdade tanto dos fornecedores (hotéis) quanto dos consumidores finais (hóspedes).

Como semelhança, observa-se que, independentemente das leis aplicadas ou nuances de cada caso, as Autoridades da Concorrência parecem convergir no tocante às teorias e aos fundamentos aplicados ao tema. Por exemplo, em todos os casos estudados, a prática das cláusulas de paridade não foi tratada como restritiva da concorrência por objeto, mas sim como geradoras de efeitos potencialmente lesivos à concorrência, destacando como o Direito da Concorrência exige muitas vezes minuciosa análise caso-a-caso para se verificar uma infração à ordem econômica, especialmente nos mercados digitais, em que o ingresso e a saída de agentes se dá de forma dinâmica, além do constante avanço tecnológico, que geralmente supera em velocidade o avanço regulatório.

6. Referências Bibliográficas

- AKMAN, Pink. **A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses**. CCP Working Paper 15-12, 2015.
- BAKER, Jonathan B.; SCOTT MORTON, Fiona. **Antitrust Enforcement Against Platform MFNs**. Yale Law Journal, 2018.

Ban on most-favoured nation clauses in online travel sector – end of online booking services? Disponível em: <<https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Tech-Data-Telecoms-Media/Austria/Schoenherr-Attorneys-at-Law/Ban-on-most-favoured-nation-clauses-in-online-travel-sector-end-of-online-booking-services>> Acesso em 30 abr. 2019.

Belgium the 5th country in Europe allowing for price setting freedom for hoteliers. Disponível em: <<https://www.hotrec.eu/wp-content/customer-area/storage/fbe1a334b31509a99f2f3f1a3a75daaa/D-0718-203-DM-Press-Release-Belgium-parity-clause-ban.pdf>> Acesso em 30 abr. 2019.

Booking.com ordered to amend Swedish price parity clauses. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1172496/bookingcom-ordered-to-amend-swedish-price-parity-clauses>> Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL, CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE.** Disponível em: <<https://www.mpms.mp.br/portal/download.php?codigo=48771>> Acesso em 30 abr. 2019.

DEUSCHLE, Adrian. The Düsseldorf Court: Booking Needs ‘Most Favoured Nation’ Clauses. 2019. Disponível em: <<https://www.d-kart.de/en/olg-duesseldorf-booking-braucht-bestpreisklauseln/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

Federal Court Dismisses Antitrust Action Against U.S. Hotel Companies and Online Travel Companies. Disponível em: <<https://blogs.orricks.com/antitrust/2014/04/08/federal-court-dismisses-antitrust-action-against-u-s-hotel-companies-and-online-travel-companies/>> Acesso em 30 abr. 2019.

France - Macron Law: A Focus on Online Hotel Reservation Platforms. Disponível em: <https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition_EU_and_Regulatory/MACRON_LAW_FRANCE#2> Acesso em 30 abr. 2019.

FRITZ, Karina Nunes. Booking.com pode impor cláusula de melhor preço aos hotéis. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/GermanReport/133,MI304114,31047-Bookingcom+pode+impor+clausula+de+melhor+preco+aos+hoteis>

HOTREC welcomes investigations of the Swiss Price Watch authority regarding the level of commissions of online booking sites. Disponível em: <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf13/hotrec_Press_release_Swiss_parity_case.pdf> Acesso em 30 abr. 2019.

ITÁLIA. **Legge 124 del 2017**. Disponível em: <http://www.cng.it/comunicazioni/concorrenza_legge.pdf> Acesso em 30 abr. 2019.

MADSEN, Andreas Riis. **NEW ANALYSIS OF THE USE OF PRICE CLAUSES FOR BOOKING PLATFORMS**. 2019. Disponível em: <<https://en.kromannreumert.com/News/2019/03/New-analysis-of-the-use-of-price-clauses-for-booking-platforms>>. Acesso em: 12 set. 2019.

MANTOVANI, Andrea *et al.* **The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case**. NET Institute. Working Paper #17-04. September 2017.

SUÉCIA. Hotellbranschen förlorar konkurrensmål mot Booking. 2019. Disponível em: <http://www.patentochmarknadsoverdomstolen.se/Nyheter--pressmeddelanden/Hotellbranschen-forlorar-konkurrensmal-mot-Booking/>

The Danish Competition And Consumer Authority Focuses Its Attention On Hotel Booking Platforms. Disponível em: <<https://en.kromannreumert.com/News/2018/04/The-Danish-Competition-and-Consumer-Authority-focuses-its-attention-on-hotel-booking-platforms>>. Acesso em 30 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA, European Commission Competitive DG. **CASE AR. 40153 E-book MFNs and related matters (Amazon)**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf> Acesso em 30 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA, European Commission Competitive DG. **Competition Policy in the Digital Era**. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2019.

UNIÃO EUROPEIA, European Competition Network. **Report on the Monitoring Exercise Carried out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016**.

O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E CRIMINOLÓGICA

Rafaella Soares Fraga¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a forma como o Brasil posiciona-se no combate ao crime de tráfico de pessoas, bem como fazer um levantamento de dados para demonstrar a maneira que o delito se apresenta na sociedade brasileira. O estudo centra sua análise na mais recente legislação que versa sobre o assunto em âmbito nacional, tratando-se da Lei 13.344/2016, proporcionando uma observação dos detalhes que dela advêm e questionando sua eficácia para enfrentar o ilícito penal referido. O crime de traficar pessoas representa uma violação direta aos direitos humanos pois submete as vítimas a situações aviltantes. A metodologia utilizada fora baseada em uma pesquisa exploratória através de bibliografias primárias e secundárias, resultando em um trabalho qualitativo e quantitativo. Compreende-se que a Lei 13.344/2016 passou a integrar o ordenamento jurídico buscando ampliar o alcance da norma brasileira para melhor punir e prevenir o referido crime, bem como para tentar harmonizar o sistema nacional com o internacional. Ocorre que a *novatio legis* fora promulgada às pressas e em virtude disso está eivada de falhas, concluindo-se que a atual disposição do ordenamento jurídico brasileiro não é eficiente para enfrentar corretamente o crime de tráfico de pessoas.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas; Crime; Lei 13.344/2016

ABSTRACT

The point of this article is to evaluate how Brazil confront the human trafficking crime and make a data collection to show how this crime presents itself in the brazilian society. The central point of the study is the new Law 13.344/2016, providing an observation of the most important details and questioning its effectiveness to face that crime. The human trafficking crime is an insult to the human rights because it submites the victims to a humiliating situation. The methodology was

¹ Advogada. Aluna especial da disciplina “Estado, punição e controle” do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas/RS. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Instituição Verbo Jurídico de Porto Alegre/RS. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas/RS.

a exploratory research, through primary and secondary bibliography, resulting in a qualitative and quantitative work. It is understood that the Law 13.344/2016 integrated the legal order seeking to expand the reach of brazilian law to better punish and prevent this crime, and try to harmonize the nacional system with the internacional. Occurs that the novatio legis was promulgated in a hurry and it is full of failures, concluding that the atual brazilian legal order is not eficiente to seriousness face the human trafficking crime.

Key words: Trafficking in Persons; Crime; Law 13.344/2016

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa examinar a evolução e a participação do ordenamento jurídico brasileiro no combate ao crime de tráfico de pessoas, pois apesar de não se tratar de um delito inédito – haja vista que acompanha a humanidade desde seus primórdios – o tráfico de seres humanos é assunto urgente na sociedade contemporânea, tendo em vista que em razão da crescente globalização e redução das fronteiras mundiais está em voga e atualmente alcança a posição de terceira atividade ilegal mais lucrativa do mundo, perdendo apenas para o tráfico de entorpecentes e para o tráfico de armas, movimentando, segundo a ONU, cerca de 32 bilhões de dólares anualmente. (CNJ)

Além disso, este ilícito penal tem o condão de violar diversas garantias fundamentais protegidas em âmbito nacional e internacional, tanto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O referido crime é um atentado direto aos consagrados direitos humanos e o principal exemplo é a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente protegido pelos mais diversos diplomas universais. O tráfico de pessoas desrespeita, ainda, a liberdade individual, direito precípuo e inerente a todos os indivíduos. (MARTINS, 2011)

Em razão de tratar-se de um ilícito tão ofensivo e degradante para a sociedade, a comunidade internacional movimentou-se fortemente nas últimas décadas para buscar combatê-lo. No mesmo seguimento, o Brasil buscou adequar-se às regras mundiais e introduzir em seu ordenamento jurídico normas que harmonizassem o sistema nacional com o internacional, levando em conta que o país é signatário de diversos tratados e convenções que buscam repressão do tráfico de pessoas. (ARY, 2009)

Foi neste cenário que o país promulgou o mais recente dispositivo que versa sobre o assunto, tratando-se da Lei 13.344 de 2016, que representa o centro de pesquisa do presente trabalho. Em se tratando de

uma norma recente que dispõe sobre um conteúdo deveras marcante para a comunidade, este estudo visa analisar as principais mudanças que a nova Lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, assim como ressaltar os detalhes que dela advêm e qual a eficiência das referidas alterações.

Isto posto, o objetivo é partir de um balanço histórico da evolução do crime em questão, para adentrar em uma apreciação técnico-jurídica que busca compreender se a nova Lei 13.344/16 realmente possui a capacidade de auxiliar o Brasil no combate ao tráfico de pessoas de forma séria. Posteriormente, o trabalho dispõe ainda de um enfrentamento criminológico do tráfico de seres humanos, objetivando verificar quais as consequências jurídico-sociais do aludido delito.

A metodologia utilizada no presente trabalho é baseada em uma pesquisa exploratória, constituída através de pesquisas bibliográficas primárias e secundárias, baseada em livros, artigos, teses e referências on-line, além de proporcionar uma compilação de dados obtidos através de órgãos oficiais nacionais e internacionais, os quais foram encontrados principalmente nos endereços eletrônicos das Nações Unidas e suas agências especializadas que tratam sobre o assunto, sendo a UNODC e OIT, do Ministério da Justiça, da Secretaria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, dentre outros.

O resultado, desta forma, é um trabalho qualitativo na medida em que busca compreender os conceitos, as peculiaridades e as disposições normativas importantes para estudar o tráfico de pessoas e quantitativo uma vez que ao final se utiliza de números, dados e informações estatísticas para possibilitar uma melhor compreensão do delito na sociedade.

Por fim, concluindo, busca-se compreender se a participação do Brasil no combate ao tráfico de pessoas é realmente eficiente e concatenada com o resto do mundo. Ademais, são feitas eventuais recomendações para que o país busque alcançar os principais objetivos no combate ao referido crime: prevenção e punição dos agentes assim como proteção às vítimas.

1 ANÁLISE DOS ANTECEDENTES NORMATIVOS NO DIREITO PÁTRIO

Para que se compreenda melhor o assunto em estudo, é necessário que haja uma análise da política criminal do Brasil frente ao tráfico de pessoas, passando, brevemente, pelas principais características que o ordenamento jurídico brasileiro desenvolveu para buscar enfrentar e combater este ilícito.

O Brasil tem enraizada em sua história a cultura do tráfico de pessoas, manifestamente no passado marcado pela escravidão de seres humanos com a finalidade de exploração de mão-de-obra. São antecedentes

históricos que permanecem nos costumes da sociedade e apesar de o país desenvolver algumas políticas públicas e diretrizes jurídicas buscando enfrentar a problemática, a situação de Estado subdesenvolvido é a principal razão de o país ainda ser fortemente atingido por este crime de características desumanas. (ARY, 2009)

Foi neste sentido que a Secretaria Nacional de Justiça publicou em 2004 um estudo acerca do assunto, fazendo uma correlação entre as principais causas de ocorrência do delito juntamente com a exposição de dados específicos para uma melhor compreensão das dimensões que esta infração penal alcança no contexto brasileiro, trazendo a pertinente contribuição:

O Brasil vem sendo utilizado como celeiro de vítimas no tocante ao crime de tráfico internacional de pessoas. Alguns fatores levaram a inclusão do nosso país nesse segmento de exploração. Entre eles destacam-se: a baixa escolaridade do nosso povo; os níveis gritantes de pobreza e o hiato entre os mais ricos e os mais pobres; a falta de perspectiva de vida das pessoas pertencentes às classes menos favorecidas; a facilidade com que os estrangeiros chegam, se alojam e constituem seus negócios no país; as dimensões territoriais – que facilitam o uso de rotas internas e externas; a utilização do casamento como meio de regularizar a presença de estrangeiros em nosso território e como instrumento de captação da confiança da vítima. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2004, p. 16)

Todavia, apesar de ser um país fortemente atingido por este crime, percebe-se que o Brasil, historicamente, se demonstrou presente na participação dos esforços empreendidos pela comunidade internacional que buscam a erradicação do tráfico de seres humanos. A partir do século XX os movimentos internacionais que visavam combater o crime em tela aumentaram de forma significativa. Então, o Estado brasileiro percebeu que seria necessário participar de forma cada vez mais frequente das discussões sobre esta temática, em busca de fortalecer sua política externa. (ARY, 2009)

Foi em razão disso que o Brasil, por sua vez, foi Estado signatário da maioria das convenções internacionais que tratavam sobre o assunto, adotando sempre uma postura que visasse participar ativamente das discussões acerca da temática, buscando a harmonização dos interesses nacionais com os internacionais. (MARTINS, 2011)

Trata-se de uma política externa chamada “multilateralismo” e entende-se que “o multilateralismo brasileiro pode ser visto sob um viés de criação de meios de poder com a intenção de ganhar força para o diálogo com as grandes potências, a fim de realizar seus interesses” (MARTINS, 2011, p. 64), o qual fora consagrado pelo país na Constituição Federal de 1988, no seu art. 4º e respectivos incisos, com o seguinte texto:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (BRASIL, 1988)

No entanto, em que pese o fato de o país ratificar as mais diversas convenções internacionais sobre o assunto, em âmbito nacional não havia progresso do ordenamento jurídico no caminho das diretrizes estipuladas internacionalmente.

Ressalte-se que, o mesmo art. 4º, inciso II, em conformidade com o art. 5º da Carta Magna, estabelece a relevância dos Direitos Humanos no Brasil, motivo pelo qual foi de suma importância direcionar atenção dos esforços nacionais para enfrentar o tráfico de pessoas, em razão deste crime representar uma afronta violenta a estes preceitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, os quais são evidenciados pela Constituição Federal em vigência.

Então, haja vista a relevância dada aos Direitos Humanos pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, bem como a previsão de uma política externa de multilateralismo, e ainda, a edição do Protocolo de Palermo no ano 2000, a discussão acerca do tráfico de pessoas ganhou destaque nacional. E através disso, foi necessário que o país se fundamentasse nestas ferramentas para enfrentar o tráfico de pessoas. Em virtude disso, o Brasil ratificou o Protocolo de Palermo no ano de 2004, após concluir que o país constituía uma rota frequente do delito em questão. (ARY, 2009)

Tenha-se presente que um dos objetivos do Protocolo de Palermo é a adoção de medidas internas pelos Estados Membros, que tenham como finalidade prevenir e combater o tráfico de pessoas, bem como proteger as vítimas. A par disso, o art. 9º dispõe, também, sobre a necessidade da troca de informações entre os Estados Membros, e foi a partir daí que o Brasil iniciou uma ligação com o UNODC, em busca de promover intercâmbio de conhecimentos que possibilitem a criação de medidas efetivas para enfrentar o tema.

Foi a partir de 2005, por conseguinte, que o Estado brasileiro voltou sua atenção para este delito e concretizou um dos primeiros passos em direção ao seu enfrentamento, alterando a redação do antigo art. 231 do Código Penal Brasileiro² para que se adequasse às novas disposições internacionais. O texto original, com *nomen iuris* “Tráfico de Mulheres”, referia-se exclusivamente às vítimas mulheres traficadas para exploração sexual, conceito que fora alterado pela Lei 11.106 de 2005, ao trazer à nova tipificação a possibilidade de o sujeito passivo deste crime ser mulher ou

² Decreto-Lei nº 2.848/1940

homem. Outra modificação notória foi a inclusão do art. 231-A que previa a possibilidade do mesmo delito, praticado em âmbito nacional, isto é, sem transpassar as fronteiras brasileiras.

No entanto, segundo Thalita Ary, duas lacunas se sobressaíram frente à esta mudança. A primeira, foi em relação à nova tipificação penal manter a destinação do tráfico unicamente para fins de exploração sexual, enquanto a segunda diz respeito à forma, negligenciando a possibilidade de o crime ocorrer mediante fraude ou coação. (ARY, 2009)

Outrossim, no ano seguinte, através de um trabalho com envolvimento multidisciplinar de diversos órgãos, e inclusive, com consulta popular, o Decreto 5.948 de 2006 instituiu a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a qual surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de complementar o que fora estipulado anteriormente pelo Protocolo de Palermo. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2007)

Esta política, diferente da alteração legislativa no Código Penal, buscou se adequar ao instrumento internacional referenciado, como se percebe logo no primeiro dispositivo:

Art. 1º A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas tem por finalidade estabelecer princípios, diretrizes e ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e de atenção às vítimas, conforme as normas e instrumentos nacionais e internacionais de direitos humanos e a legislação pátria. (BRASIL, 2006)

Este mesmo instrumento, trouxe a necessidade da elaboração de um Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, o qual foi instituído posteriormente pelo Decreto 6.347 de 2006:

Fruto de debates e reflexões, o Plano Nacional vem reforçar e concretizar os princípios, diretrizes e ações consagrados na Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (Decreto nº 5.948/06, de 26/10/2006), em seus três eixos estratégicos: prevenção ao tráfico, repressão e responsabilização dos seus autores e atenção às vítimas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2006, p. 3)

Em 2007, contudo, o UNODC publicou um relatório mencionando que o Brasil descumpriu o determinado pelo Protocolo de Palermo, em função de descuidar da tipificação do crime em questão ao olvidar de criminalizar as demais formas de exploração das vítimas do tráfico. (ARY, 2009)

Ressalte-se que até este momento a proteção direcionava-se somente à dignidade sexual, enquanto outros direitos humanos já tutelados pela CFRB/88 estavam sendo negligenciados pela tipificação da lei penal que tratava sobre o tráfico de pessoas. Frente a isso, o Senado Federal

propôs o Projeto de Lei 7.370/2014, com base na Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil – CPITRAFPE, do ano de 2011 (SENADO FEDERAL, 2011) que deu origem à Lei 13.344/2016, a qual representa o dispositivo mais atual do ordenamento jurídico brasileiro que visa prevenir e reprimir o tráfico de pessoas, além de harmonizar o direito nacional com o internacional, como passa a se estudar em seguida.

2. A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS

Ao fazer uma análise da participação do Brasil no combate ao tráfico de pessoas, é imprescindível que se disserte acerca da legislação mais recente que versa sobre o assunto. A Lei 13.344 do ano de 2016 incorpora o ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de adequar o sistema nacional de prevenção e punição ao tráfico de pessoas para que siga os pressupostos internacionais. (CUNHA e PINTO, 2017)

Todavia, muitas são as críticas que seguem o novo dispositivo em função do legislador editá-lo sob um contexto de pressão e consequentemente negligenciar diversos aspectos importantes. (CUNHA e PINTO, 2017) Nesse diapasão, sábia é a contribuição de Cezar Bitencourt que ao fazer uma breve introdução sobre o assunto, salientou:

Em tempos de recessão, de crise política, econômica, ética e até moral, a única fonte que não diminui sua produção é a do parlamento nacional, que edita leis penais criminalizadoras em quantidade absurda, sem o correspondente aumento de vagas prisionais, de melhoria nas condições do sistema penitenciário, de melhora na qualidade de vida e segurança nas grandes cidades. (BITENCOURT, 2017, p. 474)

É por esse motivo que se passa a analisar as divergências referentes ao assunto em questão e qual a eficiência da *novatio legis* para enfrentar seriamente o tráfico de pessoas.

2.1 Do conceito, bem jurídico e sujeitos do delito

Uma vez promulgada a nova legislação, foram feitas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Código Penal. Houve a revogação dos já citados arts. 231 e 231-A e consequentemente incluído o art. 149-A, conforme art. 13 da lei vigente, in verbis:

Art. 13. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 149-A:

Tráfico de Pessoas

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Em um primeiro momento, percebe-se que o instrumento inédito buscou se adequar às demandas internacionais, com o intuito de estender a tipificação do crime e reprimir outras formas de exploração buscadas pelo sujeito ativo em relação ao passivo. (CUNHA e PINTO, 2017) A princípio percebe-se que:

O novo texto incriminador, louvavelmente centra fogo no que efetivamente interessa, que são os bens jurídicos fundamentais – vida, integridade física e liberdade – das pessoas em geral. Há um evidente ganho de qualidade quanto a este aspecto. (BUSATO, 2017, p. 336)

A alteração observada removeu o delito do Título VI (dos crimes contra a dignidade sexual) e transferiu-o para o Título I, Capítulo VI (dos crimes contra a liberdade individual), pois a partir de então cuida de diversos bens jurídicos, especialmente os fundamentais, deixando de se restringir à dignidade sexual, como explicado com precisão por Paulo César Busato:

O tipo de ação revela um crime complexo, na medida em que descreve no seu enunciado principal uma forma de submissão da vítima, ou seja, uma aflição à liberdade individual, adicionando, em seguida, um especial fim de agir que traduz a inflição de um perigo contra outro bem jurídico que é variável conforme o inciso (BUSATO, 2017, p. 337)

Portanto, é correto afirmar que a nova tipificação amplia a proteção aos direitos fundamentais do ser humano, no entanto, desde logo, deve-se pontuar alguns equívocos do legislador na descrição do tipo penal, especialmente quando esquece de punir a conduta que busque a entrada da vítima no território nacional. Nesse sentido, cite-se Rogério Sanches e Ronaldo Pinto:

Desde já, no entanto, destacamos que, no tráfico transnacional, o legislador incorreu num erro grosseiro. Antes a lei punia como tal a conduta que promovesse ou facilitasse a entrada ou a saída da vítima traficada. Agora, pune apenas como tráfico a conduta que visa retirar a vítima do nosso território. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 15)

Os mesmos autores criticam, ainda, o art. 1º da Lei 13.344/16, que diz cuidar do tráfico contra “vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira”, alertando que o dispositivo erroneamente

esquece de proteger os apátridas e condiciona a extraterritorialidade da lei às situações em que a vítima é brasileira, possuindo, então, redação prejudicial à sociedade. (CUNHA e PINTO, 2017)

Em razão dessas e outras falhas detectadas imediatamente na nova lei, Bitencourt leciona que:

Trata-se, com efeito, de uma forma de criminalização imprópria e assistemática, desarmonizando, mais uma vez, o sistema adotado pelo legislador de 1940, que primou pela harmonia e sistematização do Código Penal de 1940. (BITENCOURT, 2017, p. 475)

Sabe-se que o Código Penal brasileiro teve sua Parte Especial dividida em onze títulos, classificados de acordo com “a natureza da matéria e a similaridade dos bens jurídicos tutelados” (BITENCOURT, 2017, p. 475). Por esse motivo, a sua disposição segue uma ordem de relevância dos bens resguardados penalmente. É nesse sentido que aparecem mais críticas doutrinárias, visto que, aparentemente, a introdução do crime de tráfico de pessoas no Título I, Capítulo VI ocasionou em uma discrepância na estrutura do CP, concluindo-se que:

Dentro dos crimes contra pessoa, a liberdade deveria ser um dos bens protegidos mais importantes. Curiosamente, no entanto, figura depois dos crimes contra honra. Se os bens jurídicos estão distribuídos segundo uma ordem de importância, existe aqui claramente um equívoco. (BUSATO, 2017, p. 279)

Destarte, questiona-se qual a eficiência dessas alterações legislativas que acrescentam desenfreadamente normas criminalizadoras, sem prezar pela harmonia do texto penal, afinal, isso pode resultar em insegurança jurídica frente à tanta mudança que não segue o contexto do resto do Código. Pelo exposto, entende-se que seria mais inteligente se a novatio legis figurasse como lei esparsa, a exemplo da Lei de Tortura (Lei 9.455/97) e da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06).

De outra maneira, interessante seria, se houvesse então, uma reforma do Código Penal para que contemplasse mais artigos, sem a necessidade de inserções alfabéticas como o referido artigo 149-A, ou ainda, a título de exemplo o art. 218-B. Oportuno se torna dizer, portanto, que “o legislador brasileiro está casuisticamente transformando o Código Penal em verdadeira colcha de retalhos” (BITENCOURT, 2017, p. 474), conforme olhar sempre expressivo de César Bitencourt, o qual defende, ainda, que o Direito Penal vem sendo utilizado como forma de mitigar todos os males da sociedade, sem dar a devida importância à políticas públicas que visem a melhoria da qualidade de vida brasileira. (BITENCOURT, 2017)

2.2 Das elementares normativas do tipo e o consentimento do ofendido

O art. 149-A do CP descreve um tipo misto alternativo, com a previsão de oito verbos nucleares³, os quais são denominados como as elementares normativas objetivas do ilícito, “ou seja, se o agente praticar, cumulativamente, alguma das condutas descritas no caput deste art. 149-A incorrerá em crime único” (BITENCOURT, 2017, p. 479). Importante destacar que o elemento subjetivo é necessariamente o dolo, isto é, o agente deve ter consciência do que está fazendo e de que sua conduta se direciona à uma pessoa traficada. (CUNHA e PINTO, 2017)

O ponto importante aqui, é a opção que o legislador tomou ao incluir no tipo penal as formas de execução do crime, determinando como elementares normativas o emprego de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, o que resultou em restrição do âmbito de incidência da norma. (BITENCOURT, 2017)

Ocorre que, ao exigir na capitulação da conduta que exista alguma destas elementares, há uma limitação da aplicação da norma, com uma severa consequência, como assinala Bitencourt:

A rigor, o desconhecimento técnico-dogmático do legislador e sua assessoria leva a inadmissíveis erros dessa natureza, quando, pretendendo agravar o tipo penal, por qualquer razão (v. g., atender as convenções e tratados internacionais), acaba restringindo o seu alcance, com a inclusão dessa espécie de elementares no tipo penal. Quanto mais enriquecido de elementares normativo-subjetivas na descrição típica, mais limitada fica sua abrangência. (BITENCOURT, 2017, p. 480)

A par disso, é importante evidenciar o efeito prático dessa restrição, isto é, o consentimento válido do ofendido, agora, tem o condão de afastar a tipicidade, uma vez que violência, coação, fraude ou abuso são formas de execução alternativa descritas no tipo penal, sendo, portanto, necessário o dissenso para que se configure o crime. (CUNHA e PINTO, 2017)

No entanto, cite-se o disposto no art. 3º do Protocolo de Palermo, no que tange ao consentimento da vítima: “quando houver emprego dos meios de execução fraudulentos, ou quando se tratar de vítimas menores de 18 anos, será o dissenso presumido”. Note-se que aqui a interpretação de presunção da invalidez do consentimento do vulnerável, não acompanha o clássico do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), haja vista que não se volta à menores de 14 e sim menores de 18 anos.⁴ (CUNHA e PINTO, 2017)

³ “Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher”

⁴ Rogério Sanches e Ronaldo Pinto explicam que “No art. 218-B do CP, favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual, o menor de 18 anos também é alcançado pelo tipo, sendo

Ainda, essa atuação do legislador desrespeita todo e qualquer objetivo que a lei possui de tratar as vítimas com mais humanidade e atenção, pois negligencia o fato de que parte majoritária dos sujeitos passivos do tráfico de pessoas estão ligados de forma inerente à uma situação de vulnerabilidade social e ao concordarem com as condições aviltantes que o tráfico via de regra oferece, não o fazem com o uso de um juízo pleno de admissibilidade, pois normalmente encontram-se desesperados na busca por oportunidades de uma vida melhor. Nesse sentido, tenha-se em mente a sábia contribuição de Paulo César Busato:

O crime pode ser realizado com a concordância da pessoa que é submetida, por várias classes de abuso, como é o caso de premência econômica para a venda de órgãos duplos (...) ou no caso de pessoas que, pela premência famélica, aceitam submeter-se a condições de trabalho análogas à de escravos ou à exploração sexual.

A degradação humana em sua base mais elementar não pode ser tolerada pelo ordenamento jurídico, mesmo diante da concordância da vítima. Aqui manca completamente a ideia de autonomia da vontade, que vem sendo esgrimida como pretensa substituta da teoria do bem jurídico.

Qualquer ordenamento jurídico que admita tal classe de submissão de uma pessoa a outra com a escusa de preservação de sua liberdade de escolha individual não é digno desse nome. (BUSATO, 2017, p. 344)

O sujeito passivo do tráfico de pessoas está, frequentemente, na margem da sociedade e não raras as vezes, inexistente para essa pessoa oportunidade diversa, senão a de se entregar para aquela situação humilhante, em busca de tentar minimamente sobreviver.

É justamente por isso que entende-se ter falhado o legislador ao afastar o crime se existir o mero consentimento da vítima. Deflagra-se que a situação em concreto deve ser estudada de forma complexa, analisando cada detalhe do crime, não bastando o consentimento para que inexistam a tipicidade criminal. Como importante contribuição, referencie-se Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, nos seguintes termos:

O operador, portanto, deve aquilatar a validade do consentimento do ofendido com base nas circunstâncias do caso concreto, sendo presumido o dissenso:

irrelevante seu consentimento. Estranho seria a vítima, de apenas 16 anos, que não pode consentir na sua prostituição, aquiescer validamente no tráfico para o mesmo fim." (CUNHA e PINTO, 2017, p. 143)

- 1) se obtido o consentimento mediante ameaça ou uso de força ou outras formas de coação, rapto – sequestro ou cárcere privado –, fraude, engano;
- 2) se o agente traficante abusou de autoridade para conquistar assentimento da vítima;
- 3) se o ofendido que aprovou o seu comércio for vulnerável;
- 4) se o ofendido aquiesceu em troca de entrega ou aceitação de pagamento ou benefício (CUNHA e PINTO, 2017, p. 143)

Em que pese toda essa análise supracitada ser imprescindível para configurar ou não o dissenso do ofendido, resta ao ordenamento jurídico brasileiro a infeliz lacuna que o legislador deixou ao incluir no caput as formas de execução como elementares normativas do delito.

Trata-se de uma grave falha técnica em comparação com os dispositivos anteriores que tratavam sobre o assunto, haja vista que aqueles já revogados, dispunham das formas de execução como majorantes da pena, ou seja, situações que se observadas no caso concreto resultavam em uma sanção mais severa ao sujeito ativo. Atualmente, com a alteração legislativa, equivocadamente se restringiu o alcance da norma penal, incidindo o legislador em erro vil. (BITENCOURT, 2017)

Logo, uma vez vislumbrados os elementos normativos e objetivos, não se pode olvidar que é imprescindível que exista finalidade especial alternativa para a configuração do delito, ou seja, para que se caracterize o crime em estudo, além do emprego de meio fraudulento como forma de execução, é necessário que se vislumbre um dos objetivos específicos descritos nos incisos do art. 149-A, os quais devem ser dolosamente pretendidos pelo sujeito passivo, (CUNHA e PINTO, 2017) situações que serão estudadas na sequência do presente trabalho.

2.3 Das elementares subjetivas do tipo – o especial fim de agir

O elemento subjetivo central é o dolo, (CUNHA e PINTO, 2017) como já dito, o agente deve saber que sua conduta se direciona à pessoa traficada. Não obstante, o legislador optou por inserir um rol taxativo de cinco incisos, que representam o especial fim de agir, isto é, a finalidade que o agente deve ter o dolo de atingir com o delito.

Então, entende-se que é fundamental que haja o elemento subjetivo (dolo) juntamente com algum dos elementos subjetivos especiais (finalidade específica) quais sejam: remoção de órgãos, tecidos ou partes

do corpo; submeter a trabalho em condições análogas à de escravo; submeter a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal ou exploração sexual.

Em virtude dessas considerações, após analisar o conceito do delito, ao lado dos possíveis sujeitos, bem como as circunstâncias elementares do crime, atente-se à possibilidade de consumação do delito, nas palavras de André Estefam:

O tráfico de pessoas é crime formal ou de consumação antecipada, pois atinge sua realização integral com a prática das condutas descritas na cabeça do dispositivo (agenciamento, aliciamento, recrutamento, transporte etc.), independentemente da consecução do fim almejado (remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, submissão da vítima a trabalho em condições análogas à escravidão, a algum tipo de servidão, a adoção ilegal ou exploração sexual. (ESTEFAM, 2017, p. 369)

Por conseguinte, conclui-se que para haver consumação é desnecessária a efetiva ocorrência da finalidade específica, bastando que o agente pratique as elementares objetivas dotado de dolo com um especial fim de agir.

A doutrina diverge acerca da consequência que ocorre quando atingida alguma das finalidades específicas previstas nos cinco incisos. O supracitado doutrinador Andre Estefam (ESTEFAM, 2017) ao lado de César Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2017) afirma que se for alcançado o especial fim de agir, haverá exaurimento do crime, com posterior influência na pena. Já Rogério Sanches juntamente com Ronaldo Pinto (CUNHA e PINTO, 2017) e Paulo César Busato (BUSATO, 2017) compreendem que se estaria diante de concurso de crimes, isto é, concurso material entre o tráfico de pessoas em conjunto com o a figura penal autônoma que decorre da prática efetiva de algum dos incisos.

Concebe-se, em nota de conclusão, que mais uma vez andou mal o legislador, haja vista que a forma como está colocado o aludido enunciado e seus incisos, abre espaço para as referidas discordâncias na interpretação. Se o julgador optar por mero exaurimento, o qual resulta em influência na pena, será mais satisfatório para o réu, uma vez que o concurso material compreende situação mais gravosa. No entanto, o fato dos incisos estarem apresentados como especial fim de agir, sendo independentes das condutas descritas no caput para fins de consumação, é possível que a sua efetiva ocorrência caracterize crime autônomo, motivo pelo qual entende-se que a corrente mais adequada é a defesa de eventual concurso de crimes.

2.4 Das majorantes e minorantes penais

Como visto, em que pese tratar-se de um crime comum, ou seja, qualquer pessoa sem características específicas pode ser tanto sujeito ativo quanto passivo, a depender das condições do autor ou da vítima, a pena poderá ser majorada, como se depreende do parágrafo primeiro do art. 149-A:

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Neste ponto, é necessário que se faça comparação criteriosa com os arts. 231 e 231-A revogados do Código Penal, para que se note outras falhas do legislador, desta vez ao reestruturar as majorantes do crime, as quais assumiam o seguinte texto no antigo parágrafo segundo:

§2º A pena é aumentada da metade se:

I — a vítima é menor de dezoito anos;

II — a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III — se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

Nesse sentido, diversas incongruências são detectadas. Primeiramente, ressalte-se que, apesar de a intenção do legislador ter sido a de cominar sanção mais grave ao prever pena maior no caput do dispositivo, quando se trata das causas de aumento de pena houve uma previsão menor: antes o crime era majorado somente pela metade, hoje há a possibilidade de ser majorado na fração de um terço até a metade, deixando a desejar quando se trata de punição mais severa. (BITENCOURT, 2017)

Em seguida, analise-se também o seguinte, o parágrafo segundo supracitado, o qual fora revogado, dispunha ainda de um quarto inciso que previa aumento de pena quando: “IV- há emprego de violência, grave ameaça ou fraude”. Atualmente, estas condições constam no caput como elementares do crime, (como já visto ao se tratar das elementares

normativas), por absoluta falta de conhecimento técnico do legislador. (BITENCOURT, 2017)

Ora, retirar a previsão de uma majorante e inseri-la como elementar do tipo, resultou não só em diminuição da possível sanção aplicada como também na redução do alcance das condutas, uma vez que agora a prática deve pressupor o emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Considerando o exposto, conclui-se que a antiga majorante do inciso IV:

[...] foi deslocada, equivocadamente, para a própria definição do crime (caput), perdendo sua natureza ou característica de majorar a pena-base para integrá-la desde logo. Além da própria restrição que esse movimento anatômico cria, pois reduz a abrangência da conduta tipificada (condutas praticadas sem violência ou grave ameaça não serão mais típicas), diminui sua punição, pois deixa de incidir sobre a pena original para majorá-la. (BITENCOURT, 2017, p. 491)

Ainda, em que pese a pena-base ser atualmente maior do que a revogada, frise-se a sábia contribuição de Cezar Bitencourt, ao analisar que a retirada do crime de tráfico de pessoas do Título VI do Código Penal, o qual trata sobre os delitos contra a dignidade sexual, impossibilitou a aplicação das majorantes especiais, (BITENCOURT, 2017) previstas unicamente para este Título, no art. 234-A do CP, *in verbis*:

Aumento de pena

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

II - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Pelo exposto, percebe-se que a atuação do legislador ao introduzir a lei em estudo, foi dotada de diversas incongruências perceptíveis, que causam um prejuízo para toda a sociedade, pelo fato de que a punição séria do tráfico de pessoas diz respeito à comunidade brasileira em geral. Uma análise sobre a situação em tela é feita por Cezar Bitencourt, ao comentar a negligência do poder legislativo com esses sérios detalhes, ensinando que “essa cominação superior é puramente ilusória” (BITENCOURT, 2017, p. 491). Argumenta, portanto, o referido autor:

Ora, a omissão de todas essas causas especiais de aumento (tanto aquelas constantes dos próprios artigos revogados como aquelas constantes das disposições gerais), não previstas pela Lei n. 13.344/2016, torna a novel infração penal, ao fim e ao cabo, menos grave em relação aos dispositivos revogados. (BITENCOURT, 2017, p. 492)

Mais uma vez, é notável a forma precoce com a qual a lei foi editada, sem um devido estudo profundo acerca da sua inserção no Código Penal, deixando claro que sua promulgação vislumbrou unicamente atender à pressão internacional, através de ato superficial do Poder Legislativo. Estas considerações explicam a incongruência que a *novatio legis* trouxe para o Código Penal, bem como a negligência ao sistema harmônico original, como se depreende das palavras de César Bitencourt:

Essas omissões revelam, inegavelmente, o desconhecimento da anatomia do Código Penal brasileiro não apenas por parte do legislador, mas também do próprio Ministro da Justiça que subscreve o presente diploma legal. (BITENCOURT, 2017, p. 476)

Corroborando a ideia de que as majorantes foram erroneamente remanejadas, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto criticam a inserção do inciso IV (que aumenta a pena para situações em que a vítima do crime for retirada do território nacional), tendo em conta que esta previsão afasta a majorante nos casos em que a conduta do agente efetivamente trazer a vítima do tráfico para o território do país⁵, isto é:

[...] de forma infeliz e até o momento inexplicável, a Lei pune de forma majorada a retirada da vítima traficada do nosso território, mas não o seu ingresso com o mesmo fim [...] (CUNHA e PINTO, 2017, p. 154)

Frise-se, ainda, a seguinte contribuição:

Fácil notar que o tráfico internacional de pessoas, em vez de constituir crime próprio, traduz uma causa de aumento de pena. O problema é que o legislador considerou como majorante apenas a retirada da vítima do país, olvidando-se de sua colocação no território nacional, em lamentável equívoco. (CASTRO, 2016)

Em síntese, é verdadeiro dizer que a intenção de tornar a punição do crime mais severa se esvai uma vez que diversos erros são notados quando se trata das causas de aumento de pena do crime. No entanto, além de todas essas falhas, a inclusão de uma causa de diminuição de pena contribuiu para a casuística punição mais branda, haja vista que por seu turno, a lei prevê também uma possibilidade de minorante no seu parágrafo segundo:

§ 2o A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Em virtude disto, é imprescindível a análise de que a lei não abre espaço para discricionariedade do julgador ao impor que a lei será necessariamente reduzida se estiverem presentes as condições de forma

⁵ Segundo Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, entende-se por território nacional para este fim, o espaço físico entre as fronteiras, o mar territorial e todos os lugares abrangidos pelo conceito jurídico do termo, conforme artigo 5º, §§ 1º e 2º, do CP. (CUNHA e PINTO, 2017)

cumulativa. Trata-se de uma novidade, afinal parte considerável das previsões de minorantes dizem que o juiz “poderá” diminuir a pena no caso concreto se verificados os requisitos exigidos. (CUNHA e PINTO, 2017)

Então, a doutrina ressalta que a discricionariedade do juiz irá se restringir à quantia da redução, no entanto, fundada dúvida aparece quando não há previsão que oriente o magistrado para este ato. Nas palavras de Rogério Sanches e Ronaldo Pinto:

Lamentamos, contudo, o legislador não ter dado um norte para essa redução. Sendo o agente primário e não integrado organização criminosa, pergunta-se: qual critério outro, objetivo e/ou subjetivo o magistrado deve considerar para decidir entre uma redução no mínimo (1/3) e no máximo (2/3)? Na falta de um critério, podemos antever os juízes reduzindo a pena sempre no máximo, lamentavelmente. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 155)

Paulo César Busato confirma a omissão legislativa ao explicar que:

Há problemas, porém, no que tange à fração de diminuição, que também é variável. Presentes os requisitos de primariedade e desvinculação das organizações criminosas, obrigatória será a redução de pena. No entanto, qual seria a fração aplicável? Não há critério lógico passível de ser extraído da previsão legal, uma vez que a este respeito ela é completamente lacônica. (BUSATO, 2017, p. 347)

Diante disto, os autores buscam uma resposta lógica. Os primeiros sugerem que o critério utilizado para a diminuição da pena seja “o grau e o tempo de submissão da vítima, ou mesmo a maior ou menor colaboração do agente na apuração do crime e a libertação do ofendido” (CUNHA e PINTO, 2017, p. 155), enquanto o segundo doutrinador apontado propõe que deve-se:

Reconhecer que esta é uma das etapas da individualização da pena e, como tal, submetê-la às mesmas balizas próprias da individualização que, neste caso, remetem exclusivamente às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (BUSATO, 2017, p. 347).

Fato é que ambas as conclusões são grandes contribuições jurídicas, no entanto, entende-se que por tratar-se de um dispositivo legislativo ainda novo, caberá à jurisprudência amadurecer o assunto e traçar balizas para uma melhor compreensão do tema. (BITENCOURT, 2017)

Por fim, mas também importante, é imprescindível que se discorra acerca da competência para julgar e processar o mencionado crime, que, via de regra, será da Justiça Estadual. (CUNHA e PINTO, 2017) Além disso, deve-se ressaltar que um dos princípios da legislação em tela é proporcionar a integração e a troca de informações, cabendo, portanto, a

todos os órgãos policiais a investigação e atuação no combate ao tráfico, destacando-se o pertinente comentário de André Estefam ao alegar que a competência é Estadual, “muito embora se admita a atuação integrada de diferentes órgãos policiais em sua repressão” (ESTEFAM, 2017, p. 372) conforme artigo 5º da lei em discussão:

Art. 5º. A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio:

I – da cooperação entre órgão do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros;

II – da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores;

III – da formação de equipes conjuntas de investigação.

Ato contínuo, é importante que se analise o seguinte dispositivo da Carta Magna, o qual trata sobre a competência da Justiça Federal, nos seguintes termos:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

V - 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;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo

Portanto, nos casos em que o tráfico for transnacional, isto é, ultrapassar as fronteiras do Brasil, a competência será da Justiça Federal, bem como nos casos acima demonstrados, concluindo-se então, que a Justiça Estadual terá competência residual, ou seja, quando não se encaixar nas situações supracitadas

2.5. Do tratamento de hediondez para a concessão do livramento condicional

Além de todas as mudanças já mencionadas que a lei do tráfico de pessoas proporcionou ao Código Penal, não se pode deixar de mencionar o conteúdo do art. 12 da referida lei que atualizou a matéria, o qual introduziu mais uma polêmica alteração, com o seguinte texto:

Art. 12. O inciso V do art. 83 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

V – cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo,

se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.”

Assim sendo, é possível perceber que o ilícito aqui estudado recebe tratamento de hediondez quando se trata da possibilidade de livramento condicional, em que pese não ter sido inserido no rol da Lei 8.072/90, a qual dispõe taxativamente sobre os crimes hediondos e equiparados.

Na obra em que comentam a lei do tráfico de pessoas, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto assinalam que o Projeto da Lei 13.344/16 ao passar pela Câmara foi emendado para que o crime constasse como equiparado a hediondo, contudo, essa hipótese foi rechaçada pelo Senado, sob a alegação de que não há proporcionalidade. (CUNHA e PINTO, 2017)

Frente a isso, é de suma importância assinalar que somente no que diz respeito ao lapso temporal de cumprimento de pena exigido para obtenção do benefício do livramento condicional o tráfico de pessoas se assemelha aos crimes da Lei 8.072/90, não guardando qualquer outra comparação a estes delitos, não se submetendo, por conseguinte, às demais características gravosas desta legislação própria.

Acredita-se veementemente que o legislador incorreu em mais uma falha ao cancelar essa previsão. Trata-se de uma incongruência severa que possui o condão de resultar em insegurança jurídica. Entende-se que os delitos equiparados a hediondos devem receber integralmente o tratamento mais severo dos crimes que assumem essa natureza, não podendo a Lei 8.072/90 ser aplicada parcialmente pois seus termos são estritamente destinados àqueles crimes considerados repulsivos e demasiadamente cruéis para a sociedade.

Então, se o Senado entende não haver proporcionalidade para que o crime receba todos os efeitos da hediondez, como pode empregar-lhe uma única característica daqueles que efetivamente são considerados hediondos ou equiparados? Devia o legislador ter afastado totalmente a previsão do tratamento que os crimes mais repugnantes recebem, ou ter-lhe aplicado na integralidade, não sendo correta esta mistura de previsões.

Veja-se que insurge daí uma questão ambígua, pois ora o crime é comum, ora é tido como assemelhado a hediondo. Em um primeiro momento, adota faceta que qualquer outro delito vislumbra, tome-se de exemplo a possibilidade da progressão de regime, hipótese em que basta que o condenado cumpra um sexto da pena para obtenção do benefício, conforme dispõe o art. 112, da Lei 7.210/84. No entanto, logo em seguida, o crime assume posição de hediondo ou equiparado, vestindo-se da atrocidade que estes delitos possuem, sendo exigido, conseqüentemente, que o agente apenado sofra as penalidades severas a estes crimes

destinados, no que diz respeito ao instituto do livramento condicional, de acordo com a redação atual do art. 83, V, do Código Penal.

Embora o Poder Legislativo afirme que se adstringe ao princípio da proporcionalidade, através de uma análise efetivamente jurídica conclui-se que a razoabilidade e proporção do legislador são incompreensíveis, haja vista que mantém no rol da Lei 8.072 a infração de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” enquanto desta lista exclui o crime de traficar seres humanos, ignorando, por certo, todos os direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federativa da República Brasileira, que são atingidos diretamente pelo tráfico. (CABETTE, 2017)

Superadas estas questões e vistas algumas das controvérsias apontadas na *novatio legis*, é importante que se analise os efeitos e o alcance dessa Lei no ordenamento jurídico Brasileiro. A partir de então, o estudo será direcionado ao comportamento processual da Lei 13.344/16 no tempo.

2.6 O Princípio da Continuidade Normativo-Típica

O assunto em questão trata da revogação de uma lei e a introdução de outro dispositivo no lugar desta. Como visto, o crime de tráfico de pessoas era tipificado no Código Penal anteriormente pelos arts. 231 e 231-A, os quais foram revogados pela Lei 13.344/16, que, consequentemente, introduziu o art. 149-A no diploma penal para tratar do mesmo assunto.

Perante o exposto, é de suma importância que se direcione atenção aos efeitos que essa nova lei traz para o crime, analisando se houve *abolitio criminis* ou se é caso de império do princípio da continuidade normativo-típica.

Para que se prossiga, é necessário que se faça breve exame sobre o estudo da sucessão de leis penais e, assim, conceituar a *abolitio criminis*, instituto o qual possui fundamento no art. 2º, caput, do Código Penal, representando uma causa de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do mesmo instrumento legal. Sobre o tema, assinala Damásio de Jesus:

Pode ocorrer que uma lei posterior deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. É a *abolitio criminis*, [...] a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada [...]. Estamos em face de exceção ao princípio *tempus regit actum*: a lei nova retroage; a antiga não possui ultra-atividade. (JESUS, 2015, p. 26)

Analisando a Lei 13.344 de 2016, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto tornam compreensível a matéria no caso concreto:

No nosso caso, não houve *abolitio criminis* [...] A abolitio representa supressão formal e material da figura criminosa, expressando o desejo do legislador em não mais considerar determinada conduta como criminosa. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 160)

Em vista disso, basta que se aprecie a situação fática para que se perceba não estar frente à hipótese de *abolitio criminis*, uma vez que a incidência da nova lei não deixou de considerar crime o tráfico de pessoas, apenas passou a tipificá-lo de outra forma, sem, no entanto, deixar de ser ilícito penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, a compreensão é de que se enfrenta um caso de aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, o qual explica-se da seguinte forma:

O princípio da continuidade normativo-típica, por sua vez, significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 160)

No mesmo sentido, este é o entendimento dos tribunais, veja-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE PESSOAS. FINALIDADE. EXPLORAÇÃO SEXUAL. CÓDIGO PENAL. ART. 231, §§ 2º E 3º. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. ART. 149-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. ALTERAÇÕES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Recurso de apelação interposto por réu contra sentença em que foi ele condenado pela prática do delito tipificado no art. 231, §§ 2º e 3º, do Código Penal, com a redação anterior à conferida pela Lei 11.106/05. 2. Inexistência de *abolitio criminis*. Conduta em tese amoldada ao novel art. 149-A do Código Penal. Imputação de prática do delito de aliciar pessoas, mediante fraude, para posterior saída do território nacional com intuito de exploração sexual das vítimas. (TRF-3, 2017)

Logo, entende-se que houve uma mera mudança da localização do crime dentro do Código Penal, isto é, apenas uma alteração topográfica. Pelo exposto, sabe-se então a consequência prática da nova lei: revogou os artigos que tratavam sobre o assunto, mas não suprimiu a figura criminosa pois continuou a tratar do ilícito em novo dispositivo localizado em diferente lugar do Código Penal. Através disso, é necessário que se discorra ainda sobre o alcance da *novatio legis*, como se estuda a seguir.

2.7 A irretroatividade da Lei 13.344/2016

O art. 5º, inciso XL⁶ da Carta Magna preleciona que a lei penal não retroage, salvo para o benefício do réu. Nesse contexto, em âmbito

⁶ Art. 5º, XL, CF – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (BRASIL, 1988)

infraconstitucional, o art. 2º e seu parágrafo único do Código Penal⁷ se posicionam no mesmo sentido, motivo pelo qual a irretroatividade da lei penal é uníssona no ordenamento jurídico brasileiro.

Em se tratando do novo dispositivo que versa sobre o tráfico de pessoas, percebe-se que há a cominação de uma pena superior à prevista anteriormente pelos enunciados revogados, consistindo, portanto, em norma mais gravosa, ou ainda, *lex gravior*, isto é, lei de feição irretroativa, no ensinamento de Rogério Sanches e Ronaldo Pinto:

Destacamos, por último, a não aplicação da lei a fatos cometidos antes de sua entrada em vigor⁸ [...] Ora, na medida em que este diploma contém figuras típicas até então inéditas, traduzindo-se em verdadeira “*novatio legis in pejus*”, é vedada sua retroação para alcançar atos perpetrados antes da sua entrada em vigor. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 167)

Entretanto, a lei inédita dispõe de uma causa de diminuição de pena que a tipificação antiga não possuía, voltada para o agente que for primário e não integrar organização criminosa. Frente a isso, aparece um embate na doutrina, questionando o seguinte: em que pese a lei não retroagir para contrário senso do réu, poderia haver a hipótese de alcançar fatos antigos apenas com a disposição mais vantajosa, isto é, é possível a combinação de leis somente em parte? (CUNHA e PINTO, 2017)

A dúvida, portanto, paira sobre a hipótese do réu que responde pelo tráfico de pessoas nos moldes dos dispositivos revogados (231 e 231-A) e, por sua vez, se encaixa nos requisitos para minorante, previstos no art. 149-A § 2º, e, diante disso, se existe a possibilidade de aplicar parcialmente a nova previsão neste cumprimento de pena.

A combinação de leis virou discussão doutrinária a partir do advento da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06) e parte da doutrina posiciona-se no sentido de que é permitida, veja-se:

Somos da opinião de que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a lei anterior já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na lei posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. (GRECO, 2005 apud CUNHA e PINTO, 2017, p. 164)

⁷ Art. 2º, CP – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Art. 2º, § único, CP – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1940)

⁸ A lei 13.344/16 entrou em vigor no dia 21 de novembro de 2016.

Ao contrário disso, outra parte da doutrina afirma veementemente que se o novo dispositivo foi criado calculadamente de forma a inserir uma pena maior na tipificação do delito e junto à isso uma causa de diminuição de pena, firmando uma correlação entre a previsão do crime e sua minorante, não há de se falar em combinação de leis, sob a pena de criar uma nova disposição não prevista pelo legislador. (CUNHA e PINTO, 2017)

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça aparentemente pacificou a divergência com a edição da Súmula 501⁹, a qual veda a combinação de leis¹⁰.

Destaque-se, em última análise, que a nova lei trouxe uma previsão mais benéfica ao réu, ao incluir como forma elementar de execução do crime a prática de violência, coação, fraude ou abuso, visto que anteriormente esta disposição era tida como majorante da pena. Por esse motivo, atualmente o consentimento válido do ofendido afasta a tipicidade e consequentemente o crime, devendo esta mudança benéfica retroagir e alcançar os fatos pretéritos.

2.8 Do compartilhamento de informações

Importante aspecto processual trazido pela nova legislação está na previsão do art. 10 com o respectivo teor:

Art. 10. O Poder Público é autorizado a criar sistema de informações visando à coleta e à gestão de dados que orientem o enfrentamento ao tráfico de pessoas.

A bem da verdade, sabe-se que a integração de informações facilita o combate pretendido pela lei, como pode-se assimilar através da seguinte contribuição:

É de se supor que, para um combate eficaz ao tráfico de pessoas, há necessidade de um sistema, em plano nacional, que reúna dados sobre a incidência do crime, regiões onde é mais frequente, faixa etária das vítimas, enfim, uma série de informações úteis à repressão e prevenção, realizada com inteligência. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 110)

Após enfrentar tantas falhas do legislador e sobre elas discorrer, é necessário que se evidencie um grande acerto que muito ajuda para uma melhor compreensão do crime de tráfico de pessoas. A autorização para a criação de bancos de dados que englobem o assunto e que vise o

⁹ Súmula 501 STJ – É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

¹⁰ Rogério Sanches e Ronaldo Pinto explicam que apesar da Súmula se referir apenas à Lei de Drogas, o mesmo entendimento deve ser aplicado ao caso da Lei de Tráfico de Pessoas pois se encaixa perfeitamente à situação em concreto. (CUNHA e PINTO, 2017)

compartilhamento de informações é um passo considerável para ajudar a controlar o ilícito penal.

Frente a essa previsão, diversos órgãos nacionais vêm unindo esforços para proporcionar um levantamento verossímil de dados que colaborem no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Isto porque, com a obtenção de informações úteis que efetivamente reproduzam – ou ao menos tentem reproduzir – a realidade quanto ao alcance do crime, bem como suas especificidades, características e outros fatores, o poder público poderá atuar de forma mais eficaz na busca pelo combate ao tráfico. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016)

É imprescindível, portanto, a atuação integrada dos departamentos policiais (Federais ou Cíveis), do Ministério Público, do Conselho Nacional de Justiça (o qual age em conjunto com o UNODC, importante departamento da ONU), do Ministério da Justiça, dentre tantos outros órgãos que se empenham para periodicamente informar as condições que o delito de traficar pessoas alcança.

Destarte, em síntese, após buscar compreender como o Brasil lida com o tráfico de pessoas, analisando a evolução dos principais instrumentos nacionais que versem sobre o delito, e ato contínuo, realizar análise pormenorizada da mais nova legislação brasileira que trata sobre o assunto, é imprescindível que se busque apresentar a realidade fática que o tráfico de seres humanos produz na sociedade, motivo pelo qual se passa imediatamente à observação destes dados, através de um enfrentamento criminológico.

3 ENFRENTAMENTO CRIMINOLÓGICO: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-SOCIAIS DO DELITO

Uma vez superadas as questões que versam sobre os conceitos do assunto em estudo, é importante que se faça análise acerca das consequências que o crime traz para a sociedade. À vista disso, o presente trabalho busca, nesse momento, enfrentar a realidade através da exposição de dados e informações sobre o tráfico de pessoas.

É correto dizer que, em se tratando de qualquer modalidade de ilícito penal, é importante que haja uma troca de informações entre banco de dados nacionais e internacionais para possibilitar o conhecimento do fenômeno. Por esse motivo, as instituições brasileiras buscam reunir esforços para possibilitar uma integração entre a coleta e análise de dados, fazendo com que os órgãos adotem políticas de compartilhamento de informações. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016)

Além disso, como visto no capítulo anterior, a necessidade dessa análise sistemática do crime também passou a ser ordenada pela Lei

13.344/16, a qual dispõe no seu art. 5º que deverá haver “cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros” para buscar a repressão ao tráfico de pessoas. Diante disso, os órgãos oficiais assumiram a tarefa de frequentemente fazer levantamentos de dados e troca de informações relevantes para que se compreenda melhor o delito em tela, bem como para tentar alcançar os principais objetivos da lei: prevenir, punir e proteger as vítimas.

Nesse diapasão, é preciso que se entenda qual a importância de coletar dados sobre o tráfico de pessoas e porque o estudo em tela dedica atenção especial à determinada questão neste capítulo. O propósito é bem justificado pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria Nacional de Justiça do governo do Brasil, em parceria com o UNODC:

Conhecimento é a base das políticas e ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas, que vão desde a identificação da vítima, a prevenção e os projetos de assistência às vítimas ao planejamento de operações policiais e de estratégias de persecução criminal. Para que se conheça um fenômeno, ou que se amplie o conhecimento sobre este, a forma mais eficaz é a coleta e a análise dos dados ou informações que surgem com o registro individualizado dos casos ou das pessoas envolvidas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012, p. 8)

Além disso, resta clara a necessidade de enfrentar o tema com a ajuda dessas informações, quando, em seguida, os respectivos órgãos também elencam os objetivos específicos dessa coleta de dados, quais sejam:

- Possibilitar o conhecimento sobre a realidade dos dados de tráfico internacional e interno de pessoas no Brasil e a formulação de políticas públicas mais adequadas e responsivas ao fenômeno;
- Orientar o registro a coleta e a troca de dados de enfrentamento ao tráfico de pessoas entre as instituições, possibilitando o diálogo entre as diversas fontes de dados do sistema de segurança pública, justiça criminal e de algumas instituições da rede de atendimento às vítimas;
- Possibilitar a análise conjunta e a comparação dos dados e informações existentes sobre o tráfico de pessoas;
- Permitir a confiabilidade e a representatividade desses dados;
- Produzir indicadores nacionais sobre o fenômeno do tráfico de pessoas;
- Priorizar determinados aspectos do fenômeno do tráfico de pessoas, a serem observados pelas distintas instituições de coletam informações sobre tráfico de pessoas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012, p. 13)

No entanto, em que pese esse levantamento de dados ser imprescindível para subsidiar um conhecimento mais especializado sobre

o assunto, o Ministério da Justiça esclarece a dificuldade da obtenção dos referidos elementos, haja vista a complexidade que o delito demonstra:

Tráfico de pessoas é um dos crimes subnotificados, ou seja, cujo índice de denúncias ao sistema de segurança pública ou a outros integrantes da rede de enfrentamento, é baixo, por razões tais como o receio da vítima de ser discriminada ou incriminada, a vergonha, o desconhecimento de sua condição de vítima, a falta de informação sobre os mecanismos de denúncia e o medo de represálias por parte do agressor. É também um crime praticado às escondidas, ou dissimulado, praticado debaixo dos nossos narizes mas de forma que não seja facilmente identificado. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 4)

Nessa perspectiva, não obstante os desafios enfrentados para dar seguimento ao estudo, entende-se ser de grande valia procurar esse conhecimento para que se viabilize um olhar mais adequado sobre o assunto, motivo pelo qual o presente trabalho segue em frente com a complexa tentativa de conhecer melhor o delito do tráfico de pessoas no Brasil, passando desde logo a análise de alguns pontos importantes.

Percebe-se que a principal modalidade do tráfico de pessoas é aquela destinada à exploração sexual. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) Os relatórios nacionais, bem como os globais demonstram a busca constante dos criminosos por essa finalidade ao longo dos anos. Um relatório global realizado pela ONU em 2009 já mencionava que a exploração sexual era a principal forma que o tráfico adotava em diversos países, inclusive no Brasil. (UNODC, 2009) Em seguida, no ano de 2014, após realizar outro relatório com abrangência mundial, o UNODC destaca que a exploração sexual seguia sendo o objetivo predominante do tráfico de pessoas, ressaltando, ainda, que o trabalho forçado também era uma frequente motivação dos traficantes (UNODC, 2014).

Além disso, em análise sobre o cenário do crime de tráfico de pessoas especificamente no Brasil um relatório nacional realizado em 2013 detectou a mesma situação. No território brasileiro, a exploração sexual prevalece sobre as demais finalidades do tráfico, veja-se:

Observando a desagregação dos dados das denúncias de tráfico de pessoas por tipo, fornecidos pela SPM para o ano de 2013, percebe-se que o tráfico para fins de exploração sexual constituiu a forma do crime mais prevalente, somando 65% dos casos (220 de um total de 340). Desse montante, a maior parte das denúncias foi referente a casos de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual (foram 134 casos de tráfico internacional e 86 casos de tráfico interno, com a finalidade de exploração sexual) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 44)

Acerca dos referidos dados, o relatório que versa sobre o ano de 2013 demonstrou ainda os números das demais modalidades de ocorrência do tráfico na tabela abaixo:

Tabela I. Número de denúncias de tráfico de pessoas por tipo de crime, Brasil, 2013:

Tipo de Crime	N	%
Internacional para fins de exploração sexual	134	39,41%
Interno para fins de exploração sexual	86	25,29%
Interno para fins de exploração do trabalho	63	18,53%
Internacional para fins de exploração do trabalho	53	15,59%
Internacional para fins de remoção de órgãos	2	0,59%
Interno para fins de adoção	1	0,29%
Interno para fins de remoção de órgãos	1	0,29%
Internacional para fins de adoção	0	0,00%
Total	340	100%

Fonte: Ligue 180/SPM (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013, p. 45)

Apesar disso, com a evolução das características do crime, o relatório global do UNODC de 2016 já constatou uma diferença nos números, identificando que o tráfico exclusivamente de mulheres e crianças para exploração sexual deixou de ser exclusivo nos dados sobre o delito, enquanto o tráfico que possui homens como vítimas para o trabalho forçado passou a crescer. (UNODC, 2016)

Outrossim, sabe-se que o tráfico de pessoas está em constante crescimento tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Diante disso, foi constatado que o Brasil apresenta 241 rotas de tráfico. (IGNACIO, 2018) Estas rotas foram atreladas aos índices de pobreza de cada região do país, resultando em uma análise que proporciona melhor compreensão sobre as características do crime no contexto brasileiro, como se vê na seguinte tabela: **Tabela II.** Números de rotas de circulação de vítimas do tráfico de pessoas no Brasil atreladas aos índices de pobreza no país por região:

Região	Número de Rotas	Índice de Pobreza
Norte	76	43,2%
Nordeste	69	45,8%
Sudeste	35	23,0%

Centro-Oeste	33	24,8%
Sul	26	20,1%

Fonte: Politize! (IGNACIO, 2018)

Ademais, importante característica a se observar foi alertada pelo UNODC, informando que traficantes e vítimas normalmente vêm do mesmo lugar, possuem a mesma etnia e falam a mesma linguagem, além de, inclusive, ser do mesmo sexo. Constatou-se que usualmente existe uma ligação entre traficante e traficando que possibilita o acesso do agente na vida da vítima e esta ligação pode ser um laço familiar, afetivo ou qualquer das semelhanças antes citadas. Estudos apontam que via de regra os homens agem como traficantes, isto porque 63% dos agentes acusados de praticar este crime são do sexo masculino. No entanto, em se tratando do tráfico de pessoas do sexo feminino, mulheres tendem a atuar para ganhar confiança das vítimas. (UNODC, 2016)

A bem da verdade, sabe-se que é de suma importância analisar os números de ocorrência do delito, tanto em sede de investigações quanto na forma de processo judicial, para que se busque uma compreensão da evolução do crime. O Ministério da Justiça ressalta que três instituições são essenciais para a coleta de dados, quais sejam o Poder Judiciário, o Sistema Penitenciário e a Polícia. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) Além disso, em conjunto com os números, a seguir será feita uma pesquisa paralela das principais características observadas nas próprias vítimas, através de informações auferidas pelos órgãos oficiais quando do levantamento de dados.

Destaque-se que em âmbito internacional, o Escritório das Nações Unidas de Drogas e Crimes contribui com uma estrutura chamada Case Law Data Base a qual levanta dados sobre as sentenças criminais que versam sobre o tráfico de pessoas que são enviadas pelo Poder Judiciário de todos os países que fazem parte da base de dados. Diante disso, é possível observar que o Brasil prolatou 166 sentenças criminais sobre o tráfico de pessoas entre os anos de 1996 e 2013. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) Em síntese, nota-se que o número de sentenças é pequeno diante da ocorrência do crime na sociedade brasileira. Note-se que os dados informados pelo Ministério da Saúde constataam que entre os anos de 2014 e 2016 foi relatado 408 casos de vítimas do crime, (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) como se percebe na tabela a seguir, sistematizada de acordo com o sexo das vítimas:

Tabela III. Perfil da vítima – Sexo segundo dados do Ministério da Saúde:

Tráfico de pessoas por ano	Feminino	Masculino	Total
2014	94	18	112
2015	94	40	134
2016	113	49	162
Total	301	107	408

Fonte: Ministério da Saúde (MS) / Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) / Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) / Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes (VIVA) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 48)

Em seguida, o Ministério da Saúde contribui também com o histórico de idade das vítimas, informando que nos números acima relatados, das 408 vítimas que ocorreram no período referido, a maioria, isto é, 133 possuíam entre 30 e 59 anos, enquanto o número de crianças e adolescentes também é considerável, vindo em seguida com 104 vítimas de 10 a 19 anos. Estes números constatarem o que já fora auferido pelo relatório nacional realizado entre os anos de 2005 a 2011 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016), resumindo-se, portanto, que a idade das vítimas mais procuradas pouco altera com o tempo.

Outrossim, importante análise se dá ao perceber que conflitos podem ajudar a levar as pessoas para situação de tráfico de seres humanos. O último relatório do UNODC realizado em 2016 constatou que pessoas fugindo de guerras ou de perseguições são particularmente vulneráveis para cair no tráfico, pois a sua situação de urgência pode levar à tomada de decisões perigosas sobre migração. A título de exemplo de como o tráfico funciona, o relatório pontua a situação dos refugiados da Síria, informando que o número de Sírios traficados aumentou assim que a guerra no país iniciou. (UNODC, 2016)

Ainda no mesmo sentido, frise-se que no ano de 2013, por meio de mais um relatório nacional, com auxílio do Ministério da Saúde, foi observado que apenas 1,4% das vítimas do tráfico de pessoas possui como escolaridade o ensino superior completo, enquanto a maioria possui ensino fundamental incompleto. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013) Isto corrobora algo que já fora constatado por este estudo, quando dissertado que pessoas mais humildes que se encontram à margem da sociedade normalmente são vítimas fáceis para o tráfico pois estão em busca de oportunidades para melhorar sua vida, além das pessoas em situação de risco que são vulneráveis conforme parágrafo anterior.

No tocante ao número de vítimas, é importante analisar os últimos diagnósticos realizados pelos órgãos da polícia e do Poder Judiciário. Ressalte-se primeiramente que entre os anos de 2007 e 2016 a Polícia

Federal apurou 959 inquéritos sobre tráfico de pessoas, sendo 137 para fins de exploração sexual, 754 para redução análoga à escravidão, 47 para tráfico internacional de crianças e adolescentes e 21 para comercialização de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. Enquanto isso houve 1.745 indiciamentos, sendo 285 para tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, 1.383 para tráfico que vise redução análoga à escravidão, 77 para tráfico internacional de crianças e adolescentes e nenhum indiciamento para tráfico que vise comercialização de partes do corpo humano. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013)

Quanto ao Judiciário, têm-se que entre os anos de 2014 e 2016 a Justiça Estadual teve 455 processos criminais que versavam acerca do tráfico internacional de pessoas, 483 a respeito do tráfico interno e 3.493 sobre tráfico para redução análoga à escravidão. Enquanto isso a Justiça Federal relata 370 processos sobre tráfico internacional, 62 quanto ao tráfico interno e 2.796 acerca de tráfico para redução análoga à escravidão. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016)

Portanto, em última análise, é possível concluir que não existe apenas um perfil, mas diversos perfis no que diz respeito ao nexos causal entre as formas de exploração e as características da vítima, (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) isto ocorre porque o tráfico de pessoas pode assumir as mais variadas facetas e seu estudo é complexo.

O relatório global de 2016 ratifica essa afirmativa ao constatar que nos últimos 10 anos o tráfico de pessoas mudou significativamente, e apesar de via de regra ter como vítimas as mulheres, sua destinação pode ser para exploração sexual, para exploração em indústrias têxteis, ou ainda, para explorar o trabalho doméstico. Não obstante, o tráfico de homens também é expressivo para lhes submeter ao trabalho forçado. E ainda, as vítimas podem ser também crianças pois são vulneráveis e não raramente submetidas à recrutamento de como soldados, adoção ilegal, ou ainda pornografia infantil. (UNODC, 2016)

Finalmente, para buscar subsidiar uma análise criminológica completa do delito, faz-se necessário vislumbrar características dos perfis dos traficantes, haja vista que todos os relatórios nacionais e internacionais buscam pontuar detalhes em comum não somente das vítimas, mas também dos agentes que cometem este crime.

Portanto, como já dissertado acima, tenha-se em mente que o traficante sempre busca um ponto de confiança com a vítima, isto é, alguma semelhança entre ele e o traficado, da qual possa se valer para iniciar o contato sobre os detalhes da proposta doravante criminosa. É neste sentido que o mais recente relatório global demonstra que a maioria

dos traficantes é do sexo masculino, no entanto, o tráfico de pessoas é um dos crimes que possui o maior nível de envolvimento de mulheres como sujeito ativo. (UNODC, 2016)

Ocorre que na América do Sul, cerca de 66% das pessoas investigadas por tráfico de pessoas são homens, enquanto 60% dessas pessoas são devidamente processadas pelo delito. Enquanto isso, em locais como a Europa Oriental e Ásia Central a maioria dos investigados são do sexo feminino, marcando o número de 54%. A conclusão do relatório, portanto, é que via de regra a maioria dos países investiga homens pelo crime em questão, contudo, o número de mulheres envolvidas está aumentando significativamente nos últimos anos. (UNODC, 2016)

No Brasil, não deixa de ser diferente, percebe-se que os níveis de homens envolvidos via de regra dizem respeito ao tráfico de pessoas do sexo masculino, enquanto o envolvimento de mulheres naturalmente está ligado ao tráfico destinado ao sexo feminino:

Dados mais recentes da Polícia Federal reforçam a conotação de gênero do crime de tráfico de pessoas, dependendo da modalidade de exploração. Num universo de 1344 pessoas indiciadas por tráfico de pessoas e/ou tipos penais correlatos, há mais mulheres do que homens em caso de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Já no crime de redução a condição análoga à de escravo, a maioria dos indiciamentos é de homens. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 59)

Já o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN informa que no ano de 2014, havia o número de 238 homens presos por tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, enquanto apenas 6 mulheres se encontravam reclusas pelo mesmo motivo, ao passo que o Ministério da Saúde indica o provável número de 159 homens envolvidos neste delito entre os anos de 2014 e 2015 e ainda o total de 34 mulheres. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016)

A respeito disso o Ministério da Justiça alerta ainda sobre a situação das pessoas traficadas que posteriormente se tornam aliciadoras. Trata-se de uma consequente “promoção” dentro da engrenagem do tráfico na qual as vítimas por determinada razão passam a participar como sujeitos ativos do crime, (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016) compreendendo, desta forma, um ciclo vicioso do tráfico de pessoas.

Por este motivo entende-se ser tão importante ter cuidado quando se trata desse crime. Trata-se de uma situação complexa que assola a sociedade e reduz as pessoas aos quadros mais precários já registrados, além disso, os números aqui apontados não retratam fielmente a realidade jurídica e social, haja vista a subnotificação do tráfico de pessoas, como se percebe:

No entanto, ponto pacífico entre os pesquisadores e gestores públicos é que os casos que chegam ao sistema de segurança pública e justiça criminal são somente a ponta do iceberg, sendo a subnotificação, dentre outras questões apontadas, fator que dificulta a identificação do fenômeno do tráfico de pessoas no Brasil. Além do que, o sistema de justiça criminal funciona como um funil, onde o número de casos identificados pela polícia é inferior ao número de casos reais, o número de processos distribuídos no poder judiciário é também inferior ao número de inquéritos policiais instaurados e o número de condenações chega a ser dez vezes menor que o número de casos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 68)

Finalmente, o Ministério da Justiça, consoante a promulgação da Lei 13.344/16 já analisada por este estudo, recomenda as seguintes atitudes a serem tomadas pelo governo brasileiro visando aprimorar a coleta de dados com o objetivo dessas informações subsidiarem da melhor forma possível o combate ao tráfico de pessoas, quais sejam:

- Elaboração de Relatórios Biais de Tráfico de Pessoas com os dados quantitativos disponíveis, [...] integrando, como método para a análise dos dados quantitativos, a triangulação, ou seja, a utilização de outras fontes de informação tais como entrevistas (sempre que possível com vítimas), grupos focais (especialmente com atores estratégicos do poder público) e revisão bibliográfica de pesquisa de campo outrora conduzidas;
- Implementação e avaliação da Metodologia Integrada de Coleta e Análise de Dados e Informações sobre Tráfico de Pessoas [...];
- Indicação de um/uma Relator/a Nacional que coletasse, a cada biênio, em paralelo a elaboração do Relatório Nacional de Dados Quantitativos, dados qualitativos de tráfico de pessoas. Os relatores são pessoas com alto grau de expertise sobre determinados assuntos que, com o apoio da rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, incluindo atores governamentais e não governamentais, colhem informações sobre tendências no tráfico de pessoas, medem os resultados das medidas de enfrentamento e coletam estatísticas quantitativas com o apoio das ONGs e sociedade civil em geral. Estes apresentam uma nova dimensão para a coleta de dados de tráfico de pessoas;
- Criação de indicadores instrumentais mais adequados, que pudessem mensurar as atividades de enfrentamento ao tráfico de pessoas de forma mais apropriada e que, ainda que indiretamente, pudessem mensurar o crime;
- Realização de capacitação para o novo marco legal que alterou a definição do tráfico de pessoas, ampliando as formas de exploração. (JUSTIÇA, 2016, p. 74 e 75)

Em última análise, conclui-se que o levantamento de dados e compartilhamento de informações é imprescindível para alertar toda a sociedade da complexidade e seriedade do crime de tráfico de pessoas, além de buscar conhecer melhor o funcionamento do ilícito penal visando enfrenta-lo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permitiu análise importante sobre os principais institutos que versam sobre o assunto, possibilitando a compreensão do alcance do delito. Foi nesse sentido que ocorreu uma pesquisa detalhada sobre a nova Lei brasileira que trata sobre o tráfico de pessoas, momento onde foi feita verificação minuciosa dos seus dispositivos.

Por todo o exposto no presente estudo, percebeu-se que apesar de existir alguns acertos da nova lei, como quando deixa de considerar o tráfico de pessoas apenas para exploração sexual e passa a abranger novas formas de exploração, grande parte do diploma está permeado em equívocos. O legislador incorre em diversos erros técnicos ao longo do dispositivo, causando uma incongruência no Código Penal, resultando, portanto, em uma provável insegurança jurídica, uma vez que desarmoniza o sistema penal prezado originalmente.

O provável desconhecimento técnico do legislador proporcionou um corpo normativo que não cumpre com o objetivo de punir e prevenir seriamente o tráfico de pessoas, isto porque em diversas situações a legislação deixa a desejar do ponto de vista jurídico.

Como visto, muitas são as incoerências detectadas na nova legislação. É por esse motivo que se pergunta: por que o legislador continua utilizando o Direito Penal para mitigar todos os males da sociedade? É certo que a regulação penal, neste caso, é imprescindível por se tratar de ilícito que viola diversos bens jurídicos significativos do ser humano. Ocorre que, com essa inédita regulamentação, o Poder Legislativo novamente se utilizou do Código Penal Brasileiro como colcha de retalhos, (BITENCOURT, 2017) haja vista que não observou a harmonia que prevalece no dispositivo.

Neste ponto, entende-se que o mais coerente seria inserir esta disposição penal em legislação esparsa, com o objetivo de prezar pela sistematização originária do Código Penal. Não obstante, é correto dizer que a lei foi feita às pressas pelo legislador brasileiro, sem uma análise societária mais profunda, o que resultou em um contrassenso no ordenamento jurídico.

Então, é justamente por isso que o presente estudo através de toda a análise efetuada, compreende que a atual disposição do ordenamento jurídico brasileiro não é eficiente para enfrentar seriamente o tráfico de

pessoas. Acredita-se, apesar de tudo, que a intenção do legislador fora digna, no entanto, a impropriedade jurídica na formação da lei leva à fragilidade do sistema no combate ao crime em questão, haja vista que se trata de um delito complexo que compreende, via de regra, o crime organizado transnacional, motivo pelo qual requer combate mais severo através de uma legislação melhor fundamentada.

Portanto, além de reprimir penalmente o crime, é necessário que o país atue de forma a diminuir a necessidade que os cidadãos têm de buscar vida melhor no exterior, reduzindo a possibilidade das pessoas de se tornarem vítimas ao procurar oportunidades e comodidades no estrangeiro. Por esse motivo, é necessário destacar a importância de seguir o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP) e seus três ramos de atuação: prevenção, punição dos agentes e proteção às vítimas.

A prevenção deve ser realizada por meio de políticas públicas que visem mitigar a vulnerabilidade de determinados grupos sociais e proporcionar seu empoderamento e que diminuam os problemas sociais. (RODRIGUES, 2014) Enquanto isso, a punição, que por sua vez foi o grande eixo de pesquisa desse trabalho, deve se dar em conjunto com ações de fiscalização, controle e investigação das demandas, visando combater o crime, analisando as regras nacionais e internacionais. (RODRIGUES, 2014)

Já a proteção às vítimas deve ocorrer com o tratamento justo, seguro e não discriminatório aos ofendidos por este crime, além de adequado atendimento, proteção especial e acesso à justiça. Neste seguimento, ressalta-se a importância da capacitação das pessoas para proporcionar a devida assistência às vítimas, seja de pais, professores, agentes comunitários, participantes de ONG's, igrejas, profissionais da saúde, policiais, psicólogos, e todos os membros de uma comunidade. (RODRIGUES, 2014) Além de tudo, o governo deve preparar os seus cidadãos e trabalhar com conscientização pública acerca do delito, explicando às pessoas o que é, como perceber a ocorrência do crime, como desconfiar e muito importante: como denunciar.

Finalmente, é imprescindível, portanto, que os cidadãos confiem no poder público para combater o tráfico de pessoas. Por esse motivo, o presente estudo enfatiza e sublinha, então, o trabalho dos institutos “Disque: 100” e “Ligue: 180”, pois são instituições e procedimentos que servem não somente para o levantamento de dados, mas também representam importantes canais de denúncia deste crime, ressaltando que sempre que houver desconfiança sobre a ocorrência do determinado

delito, seja feito o contato com os respectivos canais e com autoridades responsáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARY, Thalita C. O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa. 2009, (159 f.). Dissertação em Relações Internacionais, Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais - UnB. Brasília. 2009;

BITENCOURT, Cézar R. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Congresso. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dez. de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018;

BRASIL. Congresso. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018;

BRASIL. Congresso. Decreto n. 5.016, de 12 de mar. de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Congresso. Decreto n. 5.017, de 12 de mar. de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm> Acesso em 09 mar. 2018;

BRASIL. Decreto n. 5.948, de 26 de out de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018;

BRASIL. Lei n.13.344, de 6 de out de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018;

BUSATO, Paulo C. Direito Penal - Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2017;
CASTRO, Henrique H. M. de. Lei de Tráfico de Pessoas traz avanços e causa perplexidade. Conjur, 11 out 2016. Disponível em: <<https://www>.

conjur.com.br/2016-out-11/academia-policia-lei-traffic-pessoas-traz-avancos-causa-perplexidade#_ftnref7>. Acesso em: 14 mar 2018;

CABETTE, Eduardo L. S. Tráfico de Pessoas e Livramento Condicional. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/443256692/traffic-de-pessoas-e-livramento-condicional>>. Acesso em: 05 abr 2018;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Tráfico de Pessoas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/assuntos-fundiarios-trabalho-escravo-e-traffic-de-pessoas/traffic-de-pessoas>>. Acesso em: 15 mar 2018;

CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. Tráfico de Pessoas - Lei 13.344/16 comentada por artigos. Salvador: Juspodivm, 2017;

ESTEFAM, Andre. Direito Penal - Parte Especial (arts. 121 a 234-B). São Paulo: Saraiva, 2017;

IGNACIO, J. Tráfico de Pessoas: como é feito no Brasil e no mundo? Politize, 22 mar 2018. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/traffic-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 25 mai 2018;

JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015;

MARTINS, Ana C. S. A participação do Brasil no regime internacional de combate ao tráfico de pessoas (2004-2011). 2011, (106 f.) Monografia em Relações Internacionais, Departamento de Relações internacionais - UFRR. Boa Vista. 2011;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, fev 2007. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_traffic_pessoas.pdf>. Acesso em: 15 mar 2018;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Metodologia integrada de coleta e análise de dados e informações sobre tráfico de pessoas, 2012. Disponível em < https://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-de-pessoas/politica-brasileira/anexos_metodologia/2-metodologia-integrada-de-coleta-de-dados-e-analise-de-dados-e-informacoes-sobre-traffic-de-pes.pdf>. Acesso em: 20 mai 2018;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados de 2013, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf>. Acesso em: 20 mai 2018;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Consultoria para o levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil para o período de 2014-2016, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf>>. Acesso em: 20 mai 2018;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes_/2008_PlanoNacionalTP.pdf>. Acesso em: 20 abr 2018;

SENADO FEDERAL. CPI - Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil - 2011. 2011. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao;jsessionid=228F43B79660A205A05C4076A345EEBC?0&codcol=1551>>. Acesso em: 20 abr 2018;

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisas em Tráfico de Pessoas - Parte 1, abr 2004. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/pesquisatraficopessoas1.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2018;

TRF-3, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal: 00029559020054035181. Relator: Desembargador Federal José Lunardelli. DJ: 14/02/2017. JusBrasil, 14 fev 2017. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437758629/apelacao-criminal-acr-29559020054036181-sp>>. Acesso em: 20 abr 2018;

UNODC. Global Report on Trafficking in Persons, 2009. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf>. Acesso em: 20 mai 2018;

UNODC. Global Report on Trafficking in Persons, 2014. Disponível em: <http://www.unodc.org/res/cld/bibliography/global-report-on-trafficking-in-persons_html/GLOTIP_2014_full_report.pdf>. Acesso em: 20 mai 2018;

UNODC. Global Report on Trafficking in Persons, 2016. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf>. Acesso em: 20 mai 2018;

UNODC. Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes. United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acesso em: 20 maio 2018;

16ª edição
papel de miolo
papel de capa
tipologia

Outubro 2019
Avena 80g
Supremo 250g
Linux Libertine, corpo 11