

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

***UNESP – Universidade Estadual Paulista***

***UNESP – São Paulo State University***

**Reitor**

Prof. Dr. Julio Cezar Durigan

**Vice-Reitor**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marilza Vieira Cunha Rudge

**Pró-Reitor de Pós-Graduação**

Prof. Dr. Eduardo Kokubun

**Pró-Reitora de Pesquisa**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Maria José Soares Mendes Giannini

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**Diretora**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Célia Maria David

**Vice-Diretora**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marcia Pereira da Silva

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

**Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

**Conselho do Programa de Pós Graduação**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Yvete Flávio da Costa

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Kelly Cristina Canela

Mestrando Rafael Leal de Araújo

Mestre Juliana Frei Cunha.

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*  
*UNESP – São Paulo State University*

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

ISSN 1414-3097 eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos <i>UNESP</i> .	Franca.	a. 20, n.31.	p. 480.	2016.
---	---------	--------------	---------	-------

# **REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP**

## **Editor Chefe**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

## **Conselho Editorial**

Alcir Gursen de Miranda (UFRR)	José Duarte Neto (Unesp)
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)	José Luiz Borges Horta (UFMG)
Alejandra Leonor Pascual (UNB)	José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)	Kelly Cristina Canela (Unesp)
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)	Lucas Abreu Barroso (UFES)
Antônio Alberto Machado (Unesp)	Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)	Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)	Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)	Luiz Fernando Coelho (UFPR)
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)	Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)	Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)
César Augusto de Castro Fiuzza (PUC-MG)	Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)	Pedro Sérgio dos Santos (UFG)
Débora Regina Pastana (UFU)	Paulo César Corrêa Borges (Unesp)
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)	Renato de A. O. Muçouçah (UFU)
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)	Ricardo Prestes Pazello (UFPR)
Eduardo Pordeus (UFCG)	Riva Sobrado de Freitas (Unoesc)
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)	Rodrigo Reis Mazzei (UFES)
Elisabete Maniglia (Unesp)	Sérgio Salomão Shecaira (USP)
Gilberto Bercovici (USP)	Vânia B. Rey Paz (UFSM)
Guilherme Gouveia (UFJF)	Vera Regina P. de Andrade (UFSC)
Jete Jane Fiorati (Unesp)	Talita Tatiana Dias Rampin (UNB)
João Paulo Capelotti (ISHS)	Yvete Flávio da Costa (Unesp)

## **Equipe Editorial**

Mestrando Gil de Carvalho Ramos (Unesp)  
Mestrando Leonardo Simões Agapito (Unesp)  
Mestrando Thiago Romero (Unesp)  
Doutoranda Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca - Espanha)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta  
Endereço para correspondência :  
Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP  
Endereço eletrônico / e-mail - publica@franca.unesp.br / posgrad@franca.unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 –2016, 20-31  
ISSN 1414-3097.

Capa: Orlinéya Maciel Guimarães.

## APRESENTAÇÃO

A **Revista Estudos Jurídicos da Unesp** (ISSN 1414-3097; eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós- graduação em Direito da Unesp, publica em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos, resenhas e traduções, na linha editorial “Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania”, consoante sua área de concentração, com destaque para uma de suas linhas de pesquisa: **1) Direito e cidadania na dimensão internacional; 2) Direito e cidadania participativa nas políticas públicas; e 3) Tutela e Efetividade dos direitos da cidadania.**

A Revista é fruto da preocupação do PPGDireito/Unesp/Franca com a pesquisa jurídica de excelência, em uma realidade caracterizada pela necessidade de se concretizar o compartilhamento do conhecimento e habilidades direcionadas ao fortalecimento e ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Os critérios utilizados nas últimas edições se referem a estratos elevados, com artigos internacionais e o firme compromisso de altos índices de exogenia, distribuída pelos diferentes Estados brasileiros e com contribuições de autores de elevado grau acadêmico, vinculados a conceituados programas de pós-graduação do Sistema Nacional de Pós-graduação, tendo alcançado o estrato Qualis-Periódico B1, na última classificação da Área do Direito.

Neste número 31, encontram-se artigos relacionados às linhas de pesquisa do PPGDireito/Unesp/Franca, inclusive com contribuições internacionais de pesquisadores renomados: Vinícius Wildner Zambiasi – UNIVERSIDADE DE COIMBRA; Paloma Marita Cavol Klee – UNIVERSIDADE DE COIMBRA; Enrique Fernandez Masia - UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, o qual foi traduzido para o português por Rafael Ferreira Diniz Mesquita – UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

Estão sendo publicados 18 artigos e uma resenha, cujos autores estão vinculados a centros de excelência em pesquisa, além daqueles pesquisadores internacionais: PUC/GO; UFPA; UENP; UNESP-Bauru; UERJ; UFMS; UNIUBE; FDF; FADISP; UNIVEM; UNESP-Franca; UNIJUÍ; UEL; UNIMAR; UNIFOR; e USP-Ribeirão Preto.

Nesta edição, está sendo publicado o artigo intitulado “SIM, SENHOR: UMA LEITURA SOBRE O PAPEL DAS MULHERES

NO MERCADO DE TRABALHO”, pelo seu recorte de gênero e pela profundidade com que abordou a evolução histórica do papel da mulher no mercado de trabalho, dentro do modelo androcêntrico de sociedade, com ênfase no papel do feminismo na desconstrução das diversas formas de discriminação nas relações de trabalho. Os referenciais teóricos do PPGDIREITO/UNESP/FRANCA concernentes à Teoria Crítica de Direitos Humanos coadunam com os aportes científicos do referido artigo, o que justificou o convite para a publicação do mesmo, tirante as credenciais das coautoras: a) Prof. Dra. Valena Jacob Chaves, Diretora da Faculdade de Direito da UFPA; Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA; Diretora da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas - ABRAT e da Associação Luso Brasileira de Juristas Trabalhistas – JUTRA; além de ser pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia do PPGD/UFPA e dos seguintes Grupos de Pesquisas do CNPQ: Ordenamento Territorial e Governança da Terra na Amazônia; Biodiversidade, Sociedade e Território na Amazônia - BEST Amazônia; e Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo; e, b) Karina da Silva Meneses, Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela UNIDERP, e, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA.

Destacam-se as pertinências temáticas dos trabalhos ora publicados, de modo a colaborarem com o debate jurídico de qualidade, notadamente por se referirem à Área de Concentração do PPGDIREITO/UNESP/FRANCA, “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”.

Agradecemos a participação de todos/as os/as autores/as, bem como dos/as pareceristas que, cuidadosamente, contribuíram para a manutenção da alta qualidade da Revista, desejando que todos possam apreciar o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos Unesp.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges  
Presidente do Conselho Editorial  
Coordenador do PPGDireito/Unesp/Franca (2010-2017).

## SUMÁRIO

### **O DIÁLOGO JUDICIAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Elden Borges Souza

Caio César Gadelha Moreira Gonçalves..... 11

### **CONTRATOS INTERNACIONAIS E INCOTERMS**

Eline Cinara de Moraes Félix .....35

### **RELAÇÕES ENTRE TRABALHO, CIDADANIA E DINÂMICAS SOCIAIS EM REGIÃO DE FRONTEIRA: PONDERAÇÕES SOBRE UMA SOLUÇÃO SOCIOJURÍDICA**

Fernando Cesar Mendes Barbosa.....61

### **ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E A AMPLIAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL DE CONSENSO EM PORTUGAL**

Vinícius Wildner Zambiasi .....83

### **APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO UNIFORME DOS INSTRUMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS NEGÓCIOS**

Enrique Fernández Masiá .....107

### **PARADIPLOMACIA E ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS NA PERSPECTIVA DE UM DIÁLOGO ENTRE CIDADES**

Carmen Sarmiento Pimenta

Eliane Octaviano Martins .....129

## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR: INTERFACES ENTRE O DIREITO E A COMUNICAÇÃO SOCIAL**

Carlo José Napolitano

Victor Dantas de Maio Martinez.....147

## **ASPECTOS CONTROVERTIDOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Artur de Brito Gueiros Souza

Matheus de Alencar

Humberto Soares de Souza Santos

Sylvia Chaves Lima Costa

Elder Fernandes Luciano

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara

Cecília Choeri da Silva Coelho

Adriana Alves dos Santos Cruz

Cláudio Luiz de Miranda

Patrick Couto Xerez Sobral

José Maria de Castro Panoeiro

Gabriel Domingues

Elisa Pittaro.....165

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRAZO DE CONTESTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA**

Marcelo Henrique Matos Oliveira.....199

## **A LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO ESTATAL**

Luiz Renato Telles Otaviano.....213



**ALIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO NA CIDADE DO CAPITAL: A ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE AOS RECENTES PROTESTOS POPULARES BRASILEIROS**

Mariana Pinto Zoccal

Clovis Alberto Volpe Filho .....235

**DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE UMA DIVERGÊNCIA ENTRE MARX E BOBBIO**

Norton Maldonado Dias .....275

**A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A RELEVÂNCIA DA POLÍCIA PARA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS**

Anderson de Paiva Gabriel .....305

**TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE TRABALHO FORÇADO: A EXPLORAÇÃO SEXUAL E O TRABALHO ESCRAVO**

Gabriela Costa Frigo de Carvalho

Paulo César Corrêa Borges .....335

**DUMPING SOCIAL, O DESRESPEITO AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DE OFÍCIO**

Giovanna Assef Pastori

Lourival José de Oliveira .....357

**O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES NA INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Silvana Mara Queiroz Bessa

Simone Coêlho Aguiar .....381

**REFLEXÕES QUANTO O HABEAS CORPUS 126.292/SP: (IM)  
POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA  
PENDÊNCIA DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS FRENTE AO  
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Paloma Marita Cavol Klee.....401

**SIM, SENHOR: UMA LEITURA SOBRE O PAPEL DAS MULHERES  
NO MERCADO DE TRABALHO**

Karina da Silva Meneses

Valena Jacob.....449

**O DIREITO PENITENCIÁRIO COMO MATÉRIA DE  
GRADUAÇÃO: RESENHA DO LIVRO “FUNDAMENTOS DEL  
SISTEMA PENITENCIARIO”, DE RICARDO MATA Y MARTÍN**

Víctor Gabriel Rodríguez

Larissa Bechara Kallás.....471.

# O DIÁLOGO JUDICIAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

## *THE TRANSJUDICIAL COMMUNICATION AND THE CONTROL FOR CONFORMITY WITH THE CONVENTION IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM*

Elden Borges Souza\*

Caio César Gadelha Moreira Gonçalves\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O caso Artavia Murillo e outros versus Costa Rica. 2 O diálogo judicial: uma análise. 3 O controle de convencionalidade na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4 A necessidade de uma nova racionalidade jurídica. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Cada vez mais o Direito enfrenta desafios sobre como inserir as normas jurídicas provenientes de diversas fontes em um diálogo ativo. Nesse sentido, a integração dos Estados e o compromisso internacional com os direitos humanos têm apresentado grandes desafios. O presente artigo analisa o exemplo do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, valendo-se do diálogo judicial aplicado ao caso Artavia Murillo e outros versus Costa Rica. A metodologia empregada é da pesquisa bibliográfica, centrada na análise do caso julgado. O trabalho conclui identificando o desenvolvimento de uma nova racionalidade jurídica que permite ao Direito acompanhar e amoldar-se à nova realidade, interligando normas internacionais de direitos humanos e o direito interno.

**Palavras-chave:** Diálogo judicial. Controle de convencionalidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** *Increasingly, the Law faces challenges on entering the legal rules from different sources in an active dialogue. In this sense, the integration of States and the international commitment to human rights have presented great challenges. This article analyzes the example of control for conformity with the Convention the Inter-American Human Rights System, making use of the transjudicial communication applied to the case Artavia Murillo and others versus Costa Rica. The methodology is the literature search, focusing on the analysis of res judicata. The paper concludes by identifying the development of a new legal rationality that allows the Law to track and to conform to the new reality, linking international human rights and domestic law.*

**Keywords:** *Transjudicial communication. Control for conformity with the Convention. Inter-*

---

\* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”.

\*\* Mestrando em Direitos Humanos e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Advogado.

## INTRODUÇÃO

O movimento contemporâneo dos direitos humanos não foi marcado somente por um contexto de luta política pelo reconhecimento de direitos para novos sujeitos e declaração de novos direitos. Esse movimento tem uma íntima conexão com a tutela judicial dos direitos básicos do ser humano (CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 13). Nesse contexto, os direitos afirmados internacionalmente passaram a exigir organismos de proteção de natureza igualmente jurídica – e não mais apenas política (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 513).

Em tal contexto, principalmente a partir das últimas décadas do século XX, as cortes regionais de direitos humanos passaram a ganhar destaque não apenas internacional, como também no âmbito interno dos Estados. As manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos passaram, portanto, a ser um elemento central tanto no Direito Internacional, quanto no direito interno.

Essa necessidade de análise das decisões internacionais sobre direitos humanos a partir de doutrinas mais abrangentes fica mais clara quando se percebe a tendência à integração dessas decisões ao direito interno. O aprimoramento dos mecanismos de controle de convencionalidade – que será analisado no presente trabalho – faz com que as decisões em âmbito internacional ganhem cada vez mais relevância prática para o Direito.

Tomando por base o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é relevante analisar o caso *Artavia Murillo e outros versus Costa Rica*. Em novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se deparou com uma intrigante demanda na qual foi debatido o uso da técnica de fertilização *in vitro* para casais com deficiência reprodutiva. Nessa decisão houve uma grande preocupação com a relação entre o direito à vida e as demais previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012a). Percebeu-se, assim, que o ponto de referência para a definição do posicionamento da Corte foi o uso de um diálogo judicial.

No entanto, a importância do citado caso não se restringe à análise da Corte Interamericana acerca da harmonia entre os direitos convencionais. Ao contrário, o valor deste caso em grande medida se deve à relação do Direito Internacional com o direito interno. Isso, pois o suposto ato violador da Convenção era uma decisão (interna) que fundamentou sua

conclusão exatamente no Pacto de São José da Costa Rica. Ou seja, tratava-se fundamentalmente *do controle sobre o controle* de convencionalidade exercido pelas instâncias judiciais do Estado da Costa Rica.

O uso de decisões estrangeiras ou internacionais para fundamentar a própria posição não é um fenômeno novo no direito comparado da jurisdição constitucional. Trata-se de um instrumento para a fundamentação das próprias decisões a partir da remissão a outro posicionamento. Desde cedo, a propósito, este fato instigou Anne Marie Slaughter a questionar quais as razões que levam a Suprema Corte do Zimbábue a citar decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (SLAUGHTER, 1994, p. 99-137).

Tendo em vista os questionamentos que surgem da análise da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Artavia Murillo, o presente trabalho objetiva investigar em que medida o diálogo judicial e o controle de convencionalidade podem transformar a nossa forma de compreender o Direito. Isto é, como estes conceitos podem indicar uma transição rumo a uma nova racionalidade jurídica.

Para tanto, o presente trabalho inicia expondo o caso Artavia Murillo e a decisão da Corte Interamericana. Em seguida, faz-se uma discussão sobre o que vem sendo denominado de “diálogo judicial”. No terceiro momento, é feito um levantamento sobre a construção do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano. Por fim, discute-se como forma-se, a partir de então, uma nova racionalidade jurídica.

## **1 O CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS VERSUS COSTA RICA**

O caso Artavia Murillo e outros *versus* Costa Rica é composto por elementos de profunda discussão jurídico-filosófico constitucional ao abordar a violação do direito à vida pelo Estado – que não promovia o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida.

O epicentro da discussão repousa na proibição, por parte da Costa Rica, do uso de técnicas de reprodução assistida para auxiliar mulheres com problema de infertilidade. Isso ocorreu com a declaração de inconstitucionalidade, pela Sala Constitucional da Costa Rica, em 15 de março de 2000, do Decreto Executivo que autorizava o uso de tal método no país.

Entre os argumentos da Corte Constitucional, consta o da violação da reserva legal, por parte do Executivo. No entanto, mais

importante enquanto *ratio decidendi* foi a interpretação do direito à vida (artigo 4, da Convenção). Segundo a Corte Constitucional, a Convenção Americana afirma que o momento originário da vida é a fecundação, sendo necessária, a partir desse momento, sua proteção jurídica. A Corte nacional concluiu, portanto, que a tutela ao embrião é contrária ao uso de técnicas de reprodução *in vitro*, permitidas pelo decreto.

Assim prevê a Convenção Americana: “4.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. *Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.* Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, destaque nosso).

Diante da negativa do procedimento em solo costarricense, os casais Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo foram obrigados a custear o tratamento fora do país, originando dívidas que tornaram dificultoso o desfrute de uma vida digna por eles. Como eles, outros casais seguiram a mesma sorte, qual seja, custear tratamentos fora do Estado, já que a Corte Constitucional havia declarado a inconstitucionalidade do decreto.

Do esforço fático, a Corte apreciou as violações do direito à vida privada e familiar, integridade e autonomia pessoal, saúde sexual e reprodutiva e, por último, o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico à luz do princípio da não discriminação.

Conforme o artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os indivíduos gozam de proteção especial frente a ações arbitrárias dos estados com objetivo de evitar a interferência na vida familiar. O dispositivo reflete a preocupação da Convenção com um dos aspectos da liberdade pessoal, estabelecendo a própria capacidade de desenvolvimento da personalidade pessoal, em especial a capacidade reprodutiva do indivíduo.

Portanto, a decisão de ser pai ou mãe é protegida à medida em que ao Estado é proibido impedir o uso de técnicas que possibilitam o projeto familiar. Aliado a isto, tem-se como consequência deste direito a necessidade de o indivíduo ter acesso aos mecanismos científicos que viabilizam sua autonomia reprodutiva. Por último, verificou-se que o desrespeito ao direito enunciado acarretava graves impactos na vida dos indivíduos, de forma a comprometer a sua saúde física e psicológica e a sua vida privada.

Ao interpretar o artigo 4.1 da Convenção Americana (direito à vida), a Corte buscou atender os fins e objetivos estabelecidos nos trabalhos

preparatórios, mediante a realização de uma interpretação sistemática, histórica e evolutiva.

Segundo a Corte, a Convenção Americana direciona para um contexto científico que se tinha como fecundação o momento de criação de uma nova célula: o zigoto. Essa questão, sem dúvida, atrai discussões filosóficas, religiosas e culturais sobre o momento inicial da pessoa natural, porém a Corte não entrou nesse debate. Segundo ela, posicionar-se nesse debate implicaria reconhecer uma vertente teórica, excluindo aqueles que não compartilham as mesmas concepções (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012a).

A Corte concluiu que o desenvolvimento do óvulo fecundado só ocorre mediante uma condição necessária, o corpo da mulher. Sem isto, as capacidades de desenvolvimento são nulas. Portanto, segundo a Corte, a interpretação do artigo 4.1 não pode deixar de fora a integridade física da mulher – o que isso significaria excluir sua personalidade.

Em relação ao termo “em geral” presente no dispositivo, a Corte considerou que se trata de expressão genérica, que permite exceções em regras particulares. Tais exceções devem ser compreendidas conforme os métodos de interpretação sistemática, histórica, evolutiva e teleológica.

De acordo com o artigo 32 da Convenção de Viena de 1969, a interpretação de um diploma internacional pode recorrer aos trabalhos preparatórios e às circunstâncias de sua conclusão para alcançar um sentido claro e solucionar ambiguidades ou obscuridades que conduzam a resultados manifestamente absurdos ou desarrazoados.

Nos trabalhos preparatórios da Convenção Americana, o direito à vida foi regulamentado levando-se em consideração as experiências dos sistemas europeu e universal de direitos humanos. No primeiro momento, a redação previa que a proteção se constituísse “a partir de sua concepção”, sem a expressão “em geral”. No segundo momento, decidiu-se suavizar o rigor do dispositivo, inserindo referida expressão (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Ficou claro, dos trabalhos preparatórios, que a atual norma tenta solucionar o conflito dos princípios colidentes, e não estabelecer restrições aos Estados americanos. Nesse sentido, a interpretação deve favorecer o destinatário da proteção internacional, sempre que isto não implique uma alteração do sistema (DÍAZ, 2012, p. 61).

Essa, no entanto, não é uma interpretação unânime. Rita Joseph coloca em cheque a adequação dessa posição em relação às concepções

existentes nos trabalhos preparatórios da Convenção. Isso porque, segundo a autora, por meio de uma leitura mais cautelosa pode-se afirmar que a dúvida sobre o termo “em geral, a partir da sua concepção” significa um problema de caráter prático, mas que jamais poderá expressar a negação do direito à vida (JOSEPH, 2009, p. 217). A referida expressão deveria ser entendida para assegurar o direito à vida desde o conhecimento da vida intrauterina.

Em outro giro, Joseph afirma que dois motivos principais levaram a Convenção a estabelecer este termo: a) a não precisão a respeito do momento da concepção; b) a impossibilidade de estabelecer estandartes universais para os parâmetros, de modo a padronizar o início da proteção (JOSEPH, 2009, p. 224).

Além disso, segundo essa interpretação, a partir dos trabalhos preparatórios, a expressão “em geral” surge também para compatibilizar a Convenção ao previsto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pois nesta não há restrição ao direito à vida. Se assim não ocorresse, haveria grande descompasso na proteção do direito à vida entre os dois diplomas.

Destarte, as questões envolvendo o direito à vida – como a maioria dos direitos humanos – não são um ponto livre de discussões. Esta abertura requer uma maior interação entre o Sistema Interamericano e as cortes nacionais, de modo a preservar os fins fundamentais comuns (BOGDANDY et. al., 2013, p. 28).

Surge, então, a importância do diálogo judicial, que assume o papel instrumentalizador para atingir a consagração de direitos cujos destinatários são os que necessitam da tutela humanitária. Por isto, no próximo tópico serão expostas as principais perspectivas desta teoria.

## **2 O DIÁLOGO JUDICIAL: UMA ANÁLISE**

A formação de institutos por meio do diálogo entre cortes é um fenômeno que necessita de análise detida em razão da importância que possui, ao vincular as cortes nacionais aos institutos originados por juízes transnacionais. Neste sentido, faz-se necessário que nos localizemos diante das variações do diálogo judicial. Não se está aqui a discorrer sobre uma forma simples de diálogo transnacional, como o *Cross-Fertilization*, expressão cunhada com o intuito de caracterizar a modalidade de troca de ideias entre os juízes, no sentido de uma simples



disseminação de ideias provenientes de um ordenamento jurídico para outro (SLAUGHTER, 1994, p. 99-137).

A teoria do diálogo judicial enfrentada por Jackson é a que mais se encaixa ao problema enfrentado neste trabalho, qual seja, o da inserção de institutos jurídicos advindos de um diálogo judicial entre cortes de diferentes níveis, sobretudo por conter a categoria teórica da postura de convergência – relacionada à criação ou aderência no objetivo de harmonizar o direito interno à ordem legal transnacional (JACKSON, 2010).

Para Jackson, a postura de convergência caracteriza-se pela influência de, pelo menos, três fatores (JACKSON, 2010). O primeiro decorre da origem de várias constituições no contexto pós-Segunda Guerra Mundial. As cartas constitucionais originadas nesse período contribuíram para a confiança nos tratados de direitos humanos. Além disso, há uma clara influência recíproca entre os tratados de direitos humanos e as novas constituições – principalmente na afirmação e definição de direitos básicos. O segundo fator é o interesse na adesão aos órgãos supranacionais integrativos como, por exemplo, a União Europeia. Esse movimento de adesão aos órgãos supranacionais representa efetivamente a troca de ideias constitucionais, por intermédio da integração comunitária das nações participantes. Por fim, têm-se as políticas de organismos internacionais, nos quais estão presentes órgãos não governamentais – órgãos que representam a busca pela paz e o pelo fortalecimento do corpo normativo internacional.

No conteúdo da postura de convergência é possível identificar aquela postura que deriva *enquanto resultado* e aquela obtida como *resultado interpretativo propriamente dito*. Isto ocorre pelo fato de existirem constituições que aproximam os direitos “próprios” com aqueles dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos, enquanto em outras isso não é tão claro.

Neste sentido, a convergência por resultado revela-se uma convergência dos conceitos apresentados em razão da proximidade dos instrumentos. Contudo, é possível a convergência pela postura interpretativa. Nesse caso, há o trabalho para conformar os institutos nacionais ao consenso transnacional, que se caracteriza como uma forma muito mais comprometida – uma vez que há o dever de interpretar para alcançar a convergência.

O tratado internacional em matéria de direitos humanos – uma vez ratificado e inserido ao ordenamento jurídico – exige a adequação da ordem doméstica, nos termos autorizados pela constituição local – como

será visto no próximo item. Esta figura do controle do ordenamento nacional para adequação ao tratado é um modo de convergência, pois ressalta a proximidade da constituição ao corpo normativo internacional.

Os mecanismos de aderência do ordenamento interno àquele em que o Estado se compromete a participar – a partir da ratificação de tratados internacionais, principalmente os que versam sobre direitos humanos – representam a postura de convergência apontada por Jackson (2010). Em outras palavras, o Estado que se compromete a cumprir determinado instrumento jurídico internacional também se vincula aos parâmetros interpretativos que uma Corte Supranacional (competente para interpretar esse documento) possa emanar.

No contexto brasileiro, o controle de convencionalidade ganhou força com as decisões do Supremo Tribunal Federal de casos relacionados à prisão civil do depositário infiel (BRASIL, 2008; BRASIL, 2009; BRASIL, 2010; BRASIL, 2011). Dessa forma, na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, passou a existir dois modos de se aferir a compatibilidade das leis. Não mais apenas por meio da Constituição, mas também a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos – considerando, nesse caso, as balizas interpretativas emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, deve-se destacar que não se trata de uma discussão apenas sobre o elemento hierárquico dos tratados de direitos humanos. Conforme os ensinamentos de Maués, a posição que ocupa o tratado internacional de direitos humanos perante o ordenamento jurídico “deve ser complementado com a reflexão sobre sua função hermenêutica em nosso ordenamento” (MAUÉS, 2013, p. 214).

Os compromissos com os tratados de direitos humanos, a partir da postura de convergência, demonstram também um importante avanço no mecanismo de verificação dos abusos perpetrados contra os grupos em situação de vulnerabilidade. Neste sentido, a análise do ordenamento jurídico local perante o internacional oferece a possibilidade de coibir os perigos de normas discriminatórias, justamente em decorrência desta aderência.

A teoria do diálogo judicial, portanto, se apresenta como fonte normativa do direito que promove a integração de um ordenamento composto por normas derivadas de diversas fontes. Dessa forma, a decisão judicial se mostra como a pedra angular da efetivação da jurisdição constitucional – alterando a realidade vista até então e tornando-se

verdadeiras fontes do Direito por meio da sua fundamentação (RUBIO LLORENTE, 1997, p. 501).

A lembrança da diversidade de órgãos capazes de criar normas jurídicas é questão incidental neste debate, pois o ordenamento jurídico deve considerar o elemento de coerência das normas, que se interligam para formar um todo ordenado e harmônico. Essa totalidade ordenada permite o que se chama de interpretação sistemática – interpretação retirada das normas com o pressuposto de que integram o mesmo sistema, em um único sentido lógico (BOBBIO, 1995, p. 71).

Destarte, é possível perceber a interdependência das normas, que leva à conclusão de que em que pese o sistema normativo seja complexo e múltiplo, o que deve prevalecer em suas relações é a intenção de unidade. Nesse sentido, a atividade interpretativa é imprescindível, justamente por ligar-se à concepção construtivista – inerente ao diálogo judicial. Essa concepção decorre justamente da necessidade de interpretação da norma, tendo em vista que somente por meio da interpretação se pode buscar o melhor resultado que atenda ao contexto da prática social (ATIENZA, 2004, p. 270).

A argumentação jurídica rompe com a fundamentação clássica – pautada em questões formais – para atender a esta nova racionalidade, em busca de legitimação perante a sociedade e os integrantes do processo (ATIENZA, 2004, p. 255). Afinal, a realidade social força a tomada de decisões que incidiam de forma efetiva sobre a prática social albergada pela norma. Por outro lado, os fatos sociais, cada vez mais complexos (DURKHEIM, 2007, p. 10), demandam soluções em patamares capazes de conferir a eficácia correspondente aos seus efeitos. Em outras palavras, as imposições das normas jurídicas, diante desta realidade prática social complexa, devem conferir ordem (WEBER, 2004, p. 12).

Com efeito, a principal função do diálogo judicial é buscar a melhor resposta às dúvidas presentes em determinado ordenamento jurídico (TORRES PÉREZ, 2009, p. 157). Deve-se visualizar essa questão da seguinte forma: as dúvidas são as mesmas e, a partir disso, busca-se a resposta por juízes de ordenamentos jurídicos distintos – ou em níveis distintos, como nos casos julgados por tribunais internacionais –, cuja missão é a de fundamentar a decisão judicial que aponte para construção de um instrumento jurídico que acompanhe as necessidades do fato social.

Diante disso, a fundamentação decorrente do diálogo torna-se condição necessária para adequação do sistema, sobretudo para justificar

a adoção de determinado instituto jurídico até então inexistente – que pode advir de outro sistema jurídico. Os novos institutos jurídicos, que têm origem em outros ordenamentos jurídicos, não são aceitos por outros simplesmente pela via da obrigação legal, mas também quando construídos pela interpretação.

A convergência de institutos jurídicos advindos de ordenamentos jurídicos diversos se apresenta na necessidade de adequação à prática social, pois o ordenamento jurídico interno não fornece a melhor resposta, até então. Em outros termos, a complexidade da realidade social apresenta comportamentos que necessitam do melhor encaixe da norma a ser aplicada pelo magistrado por meio da interpretação – e que muitas vezes não são encontradas no ordenamento jurídico local. O recurso a outro ordenamento jurídico, por meio do diálogo judicial, apresenta como condição necessária o estabelecimento do Direito em posição mais próxima da sociedade.

Dessa forma, a convergência interpretativa se utiliza do diálogo judicial para alcançar a resposta que mais se adequa à realidade social posta perante norma. Isto ocorre quando um determinado ordenamento jurídico não possui a solução, o que remete o juiz a participar deste processo dialógico.

A fundamentação jurídica baseada na aproximação do Direito ao meio em que está inserido apresenta um elemento importante que altera o método de interpretação. Este fator é o próprio caso que surge como raiz da interpretação do Direito. O fornecimento de bases frágeis, pautadas apenas na lei, para aplicação do Direito acaba por macular o processo de aplicação da norma, conforme a realidade que se coloca perante o Juiz. Tem-se na própria jurisprudência o instrumento para se estreitar a relação entre a lei e a realidade (ZAGREBELSKY, 2005, p. 132).

No entanto, utilizar apenas casos transformaria as decisões judiciais em mera casuística. Por outro lado, usar somente o ordenamento conduziria a uma ciência puramente teórica. A interpretação, portanto, deve indicar uma atividade mediadora situada entre o caso real e a norma que deve regulá-lo. Por meio desta reflexão, o intérprete busca as regras e depois retorna ao caso, perfazendo um procedimento circular que finaliza apenas quando se chega a uma conclusão satisfatória às exigências do caso juntamente com as pretensões das regras jurídicas (ZAGREBELSKY, 2005, p. 133-134).

Segundo Zagrebelsky (2005, p.137), no momento de aplicação da regra, o intérprete deve, em primeiro lugar, entender seu sentido (conexão entre uma ação e seu resultado social), para que seja dado um valor ao

caso. A categorização do caso à luz dos valores indicará a direção para se encontrar a regra idônea contida no ordenamento jurídico. O fato por si só, ao contrário, não conduz às pretensões e não postula adequação alguma. Em suma, o Direito não pode separar-se do ambiente cultural que está imerso e erigir-se como instrumento normativo independente e autossuficiente.

Sendo assim, o Direito deve buscar a solução adequada por meio de reconstruções interpretativas do ordenamento vigente, e não apenas por meio de proposições legislativas. Esta postura fornece as bases para dispor de uma abertura do ordenamento jurídico como um todo para a interpretação construtivista. Nesse sentido, para Zagrebelsky (2005, p. 152-153) os juízes são garantidores da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional, ou seja, os garantidores da necessária e maleável, *dúctil*, coexistência entre lei, direito e justiça.

Vê-se, portanto, que as teorias do diálogo judicial permitem a ampliação da incidência do Direito Internacional dos Direitos Humanos em escala nacional, por meio da fundamentação decorrente da comunicação transjudicial.

No âmbito europeu, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos fortalece aspectos interpretativos a respeito da Convenção Europeia, justamente para garantir a efetiva progressividade dos direitos humanos. Neste contexto, surge a visão da Convenção Europeia como um instrumento vivo e autônomo para a defesa dos direitos humanos (KELLER e STONE SWEET, 2008, p. 702).

Em âmbito americano, a Corte de San José surge como modeladora interpretativa dos termos globais estabelecidos, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Isso contribui para adequar os documentos aos fatos sociais identificados localmente (NEUMAN, 2008, p. 106), especialmente na América Latina, reforçando o poder argumentativo dos direitos humanos em escala local. Assim sendo, “o diálogo permitiria que os diferentes tribunais envolvidos no diálogo adotassem melhores decisões, contribuindo para a criação de uma verdadeira identidade da comunidade interamericana” (GALINDO et. al., 2012, p. 38).

É inegável, portanto, a ampliação da incidência dos direitos humanos em escala local diante da força persuasiva obtida com a fundamentação das decisões judiciais em um diálogo judicial. E mais, consolida-se uma coerência entre os sistemas, reforçando a força dos precedentes (BANKOWSKI et. al., 1997, p. 487).

Tendo em vista a importância desse diálogo judicial em matéria de direitos humanos, especialmente para harmonização entre o direito nacional e o supranacional, é necessário observarmos como a Corte Interamericana tem instrumentalizado isso por meio do denominado “controle de convencionalidade”.

### **3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Em tal contexto de diálogo judicial, um dos pontos centrais na análise do Direito Internacional dos Direitos Humanos é o dever de adequação do direito interno ao previsto em tratados internacionais – também denominado de dever de adoção de disposições de direito interno. Esse dever não é fruto apenas de uma demonstração de boa-fé dos Estados, mas, principalmente, é uma obrigação jurídica, decorrente da legítima adoção de um documento internacional por um Estado.

Enquanto o controle de constitucionalidade – no modelo difuso – já se encontra consolidado desde, pelo menos, o julgamento do caso *Marbury versus Madison* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1803), o controle de convencionalidade passou a consolidar-se principalmente a partir da expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos – expansão ocorrida de forma intensa com a fundação da Organização das Nações Unidas, em 1945 – e a criação das cortes regionais de direitos humanos – com destaque para os sistemas europeu e americano (STEINER et. al., 2007).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos passa, portanto, a exigir a adequação do direito interno dos Estados como condição de eficácia dos documentos internacionais e, por conseguinte, dos direitos neles previstos. A conformidade entre o âmbito interno e o âmbito internacional foi elevada a condição de possibilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos – que não se reduz mais ao Direito Internacional Público, sendo um ramo específico (ZÚÑIGA CARDOZA, 2010, p. 125). Somente é possível efetivamente afirmar direitos para os indivíduos – que agora são sujeitos em âmbito internacional (CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 13) – se puderem ser garantidos contra as práticas e, igualmente, contra as normas emanadas pelos Estados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008).

Embora não seja voltado unicamente ao Judiciário, este Poder tem um papel central neste tema, pois é sua função precípua analisar e adequar os atos das autoridades ao Direito. Isto é, avaliar as condutas e assegurar a legalidade – em sentido amplo – dos atos existentes dentro de um Estado. Tratar do controle de convencionalidade é discutir como os documentos internacionais de direitos humanos podem servir de parâmetro para tanto. Assim, a submissão dos juízes ao império da lei não exclui a aplicação dos documentos internacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011a; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011c). Ao contrário, os órgãos jurisdicionais estão internacionalmente vinculados aos tratados ratificados por seus Estados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b).

Aliás, esse não é mais um papel apenas dos tribunais internacionais ou supranacionais, uma vez que na atualidade os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais estão em constante interação para proteção da pessoa humana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c). Nesse sentido, a Corte enfatiza que o controle de convencionalidade é um aspecto essencial da dimensão integradora dos direitos fundamentais constitucionais e convencionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a), exatamente no sentido apresentado anteriormente acerca do diálogo judicial.

Em tal contexto, as cortes regionais assumiram o desafio e o papel de delimitar e definir o conceito e a forma de realizar tal controle – de forma a assegurar a aplicação interna do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a). O caso interamericano ganha destaque em tal atuação, pois o fato de a maioria dos países latino americanos ter passado por ditaduras ao longo do século XX implicou a existência de uma série de normas, ainda vigentes, em desacordo com o pactuado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Muitos conceitos, portanto, podem ser destacados a partir da jurisprudência da Corte Interamericana.

De início, cabe destacar que o controle de convencionalidade em âmbito interamericano está centrado no artigo 2, da Convenção Americana, relacionado com o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, segundo a qual os Estados não podem invocar disposições internas para descumprir obrigações internacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a). Assim dispõe a Convenção Americana:

## Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Dessa forma, o Estado como um todo (por meio de todos os seus poderes, agentes e órgãos) deve adequar suas normas e práticas – incluindo a interpretação do Direito – ao pactuado na Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012c). Por consequência, os juízes e os órgãos vinculados à administração da justiça têm o dever de realizar, *ex officio*, um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012d). Os agentes do Estado – como é o caso dos juízes – devem velar para que o efeito útil da Convenção não seja afetado nem anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c).

Tal controle, portanto, não se trata de uma matéria de ordem privada, que esteja no campo da disponibilidade das partes e que, dessa forma, depende de manifestação expressa dos envolvidos no processo. Trata-se, como o controle de constitucionalidade, de uma matéria de ordem pública, não submetida, por exemplo, às regras ordinárias de preclusão processual (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012b). Nesse sentido, a realização desse controle não está limitada aos argumentos trazidos pelas partes do processo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c).

No entanto, em que pese a importância do controle, isso não afasta os requisitos formais e materiais de admissibilidade e procedência das ações (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c). Isso, pois a análise da convencionalidade deve ser realizada dentro da competência judicial e do marco das regulações processuais correspondentes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012b).

Destarte, segundo a Corte Interamericana, interpretações administrativas e judiciais devem adequar-se à normativa internacional



(CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011c; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011b), no mesmo sentido da teoria do diálogo judicial apresentada. O Juiz Caldas chegou a afirmar que no controle de convencionalidade a Convenção Americana equivale a uma “Constituição supranacional referente a Direitos Humanos” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b). Em consequência, os órgãos jurisdicionais devem realizar não apenas o controle de constitucionalidade como também o de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010c). Sendo que esse controle não depende da existência de um órgão específico, como um tribunal constitucional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a).

Embora os Estados tenham o dever de realizar esse controle, a conclusão encontrada em âmbito interno não impede que a Corte volte a apreciar a adequação do controle com a Convenção. Além do caso apresentado no presente trabalho, a Corte já afirmou tal possibilidade de reanálise no caso *Cabrera García* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010a). Afinal, sua jurisprudência é firme no sentido de que a intérprete última da Convenção Americana é a Corte Interamericana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011b). E isso não torna a Corte um tribunal recursal, pois a análise da compatibilidade não terá por parâmetro o direito interno do Estado e sim a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b).

É válido ainda destacar a posição do juiz Sérgio García Ramírez, segundo a qual o controle de convencionalidade não deve ser realizado unicamente em face da Convenção Americana. Ao contrário, tal controle também deve tomar por parâmetro outros instrumentos de igual natureza que integram *corpus juris* convencional dos direitos humanos, aos quais os Estados aderiram. Ramírez destacou que pode ser o caso do Protocolo de São Salvador, Protocolo relativo à abolição da pena de morte, Convenção para prevenir e reprimir a tortura, Convenção de Belém do Pará, Convenção sobre desaparecimento forçado, dentre outras. Isto é, compromissos internacionais que os Estados assumiram e que reconhecem direitos aos indivíduos – correspondentes a deveres para os Signatários (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c).

Posteriormente a esse voto a Corte expressou claramente que não apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é objeto do

controle de convencionalidade, como também os demais instrumentos. E mais, a interpretação dada pela Corte também deve ser considerada pelos órgãos estatais ao verificar a adequação à normativa internacional, considerando que a Corte é a intérprete última da Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012c; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011b). Em outras palavras, a Corte apresenta aos Estados – talvez seja possível afirmar que ela exige deles – a necessidade de um efetivo diálogo judicial.

Neste ponto, o voto do Juiz Mac-Gregor Poisot no caso Liakat Ali Alibux é esclarecedor. O Juiz esclareceu que os casos julgados pela Corte Interamericana não têm importância apenas para o Estado Parte, mas também são de interesse dos demais Estados. Enquanto para a parte demandada há o interesse pela *res judicata*, para os demais há o interesse pela questão interpretada (*res interpretata*) – para fins de controle de convencionalidade, com base na posição interamericana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a).

Quando a Corte Interamericana analisou casos de leis de (auto)anistia promulgadas por regimes ditatoriais latino-americanos deixou claro que normas contrárias à Convenção Americana carecem de efeitos jurídicos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b). Dessa forma, as instâncias internas possuem o dever de reconhecer a violação e afastar a aplicação de tal legislação. Nesse sentido, o controle de convencionalidade aplicado na análise de tais leis é imperativo em instâncias democráticas – ainda que contrariamente ao interesse da maioria (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011b).

Por fim, a jurisprudência da Corte é pacífica ao afirmar que a não observância do controle de convencionalidade gera responsabilidade internacional do Estado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b). Em outros termos, quando os agentes estatais dão cumprimento a uma lei contrária à Convenção Americana incorrem em um ato ilícito internacional – decorrente da violação de uma obrigação internacional assumida pelo Estado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010b). Repise-se: ainda que se trate de uma decisão judicial, pois a obrigação é do Estado e não do Governo. Sendo que uma das medidas decorrentes dessa responsabilidade será exatamente ajustar o direito interno – ou a interpretação dada internamente – ao previsto na Convenção Americana, conforme interpretação da Corte Interamericana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014b;

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014c; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012b).

Apresentados estes pontos, é possível perceber que a Corte Interamericana assume uma posição ativa na difusão de uma postura dialógica dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por meio de um conceito inovador e próprio, o de “controle de convencionalidade”, a Corte tem apontado aos Estados a necessidade de uma maior interligação entre direito interno e documentos internacionais de direitos humanos. Isso apontada exatamente para a necessidade de uma nova racionalidade jurídica, exemplificada no caso *Artavia Murillo*.

#### **4 A NECESSIDADE DE UMA NOVA RACIONALIDADE JURÍDICA**

A formação de um Direito que atenda à realidade social é o fator que resulta da análise da teoria do diálogo judicial, juntamente com o controle de convencionalidade, fazendo-se necessário que isso venha acompanhado de uma concepção que possibilite a abertura do sistema para institutos que possam atribuir coerência ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, tais conceitos permitem a fundamentação de direitos antes não conferidos pelo ordenamento jurídico interno. A mudança de paradigma perpetrada pela integração dialógica do direito interno com o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece balizas que atuam como princípios para fornecer coerência ao ordenamento e para dar uma resposta que atenda à complexa realidade do fenômeno social.

Tanto o diálogo judicial quanto seu reflexo no controle de convencionalidade criam um espaço de abertura no sistema jurídico, possibilitando incorporar novos instrumentos capazes de se adequar à realidade social posta diante das normas jurídicas para a efetividade da aplicação de lei. Neste contexto, encontramos casos que demandam tal abertura do sistema jurídico no que tange à argumentação das decisões judiciais, como apresentado no caso *Artavia Murillo*.

A interpretação da Corte Interamericana envolveu um diálogo com a interpretação dada internamente à Convenção Americana, ao mesmo tempo em que se deparou com a necessidade de atender ao novo contexto decorrente do avanço tecnológico. Por meio desse processo de diálogo e abertura do sistema jurídico, a Corte reconheceu o direito ao usufruto da tecnologia para o desfrute de uma vida digna.

A ideia que se pretendeu demonstrar neste trabalho foi justamente a influência do uso de vetores como o diálogo judicial e o controle de convencionalidade no direito interno e dos direitos humanos, que reforçaram a necessidade de o intérprete captar as circunstâncias e utilizá-las como elemento que influencie em sua decisão.

A nova racionalidade jurídica é, portanto, uma tarefa interpretativa na qual os conceitos são utilizados como meio para entender as instituições sociais e as formulações culturais que as cercam e lhes dão sentido (GEERTZ, 1997, p. 280). Assim, a perspectiva de se ter o direito como pacificador das relações sociais recebe uma roupagem que lhe confere efetividade e adequação, cujo diálogo é o principal vetor.

Sendo que esse diálogo que não é mais apenas em âmbito interno – e mediado pelas instituições nacionais. Ao contrário, envolve também um diálogo transnacional ativo sobre a proteção que deve ser assegurada à pessoa humana – fixada em documentos internacionais de direitos humanos e nas interpretações dos organismos competentes.

Embora não com exclusividade, essa nova racionalidade é percebida com intensidade nas demandas de direitos humanos discutidas em âmbito internacional. O caso *Artavia Murillo*, nesse contexto, indica bem como não se trata de um movimento simples e unidirecional. As interpretações podem ser divergentes ou mesmo opostas, como foi no caso, no entanto o diálogo continua existindo. É possível afirmar, inclusive, que essas divergências são uma condição de possibilidade do diálogo entre cortes nacionais e transnacionais.

O desafio posto, na atual conjuntura, é assegurar esse espaço de abertura, em que a interpretação do ordenamento jurídico interno não nega a interpretação dos documentos internacionais. E mais, em que as instituições – especialmente nacionais – não se oponham ao diálogo com as instituições transnacionais, reconhecendo, especificamente, a necessidade de um controle de convencionalidade das normas internas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É indiscutível que a atual conjuntura global tem compelido os sistemas jurídicos a uma interação. Essa interação pode culminar – ou, pelo menos, pode haver tal tentativa – no fortalecimento do sistema interno, quando há uma postura de resistência. Por outro lado, quando há uma postura de convergência em prol do fortalecimento de ambos os

sistemas, eles terão que enfrentar e trabalhar com as pluralidades de cada um, possibilitando um efetivo diálogo judicial.

No caso dos direitos humanos, o diálogo judicial permite a consolidação de um sistema que amplia a incidência dos direitos humanos, inclusive no que tange ao seu papel interpretativo – como se viu nos vários casos da Corte Interamericana indicados ao longo do presente trabalho. E mais, esse diálogo é um grande passo na busca pela efetividade do Direito perante as complexidades das relações sociais, fornecendo uma nova roupagem ao fenômeno jurídico.

Portanto, é possível verificar que o diálogo judicial é um instrumento decisivo na fundamentação das decisões em matéria de direitos humanos – observando o Sistema Interamericano, no caso – e, principalmente, fornece argumentação para criação e evolução de direitos anteriormente interpretados de forma restritiva. E mais, a abertura do sistema interno possibilita que o sistema jurídico esteja apto a incorporar institutos como o controle de convencionalidade, promovendo a proteção dos direitos humanos em âmbito nacional.

Por fim, defendemos que o uso destes instrumentos fortalece uma nova racionalidade jurídica, tendo em vista a problemática que se verifica ao levar em consideração a complexidade social – nítida ao falar de direitos humanos. Sempre tendo em vista ampliar e efetivar a proteção da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). **Interpreting precedents**. Aldershot: Ashgate, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOGDANDY, Armin Von; KOTTMANN, Matthias; ANTPÖHLER, Carlino; DICKSCHE, Johanna; HENTREI, Simon; SMRKOLJ, Maja. Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Estudios Avanzados de Derechos humanos: democracia e integração jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 92817**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16/12/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 94013**. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 10/02/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Extradicação nº 1223**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 22/11/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 97256**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em 01/09/2010.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

\_\_\_\_\_. The interdependence of all human rights – obstacles and challenges to their implementation. **International Social Science Journal**, Oxford, v. 50, n. 158, p. 513-523, 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**. 2006a.

\_\_\_\_\_. **Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in vitro) versus Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas**. 2012a.

\_\_\_\_\_. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas**. 2010a.

\_\_\_\_\_. **Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas**. 2011a.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2012b.**

\_\_\_\_\_. **Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. 2011b.**

\_\_\_\_\_. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2010b.**

\_\_\_\_\_. **Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. 2012c.**

\_\_\_\_\_. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2008.**

\_\_\_\_\_. **Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006b.**

\_\_\_\_\_. **Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2014a.**

\_\_\_\_\_. **Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. 2011c.**

\_\_\_\_\_. **Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. 2012d.**

\_\_\_\_\_. **Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 2014b.**

\_\_\_\_\_. **Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2009.**

\_\_\_\_\_. **Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. 2014c.**

\_\_\_\_\_. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2006c.**

\_\_\_\_\_. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2010c.**

DÍAZ, Álvaro Paul. Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación. **Ius et Praxis**, Talca, ano 18, n. 1, pp. 61-112, 2012.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Pensamento Sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRE PÉREZ, Aida. **Protección multinivel de derechos humanos**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2012.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Vozes, 1997.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JOSEPH, Rita. **Human Rights and the Unborn Child**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 214-235, jun./dez.2013.

NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008.

RUBIO LLORENTE, Francisco. **La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, p. 99-137, 1994.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International human rights in context**. 3 ed. Oxford: Oxford University, 2007.

TORRES PÉREZ, Aida. **Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2009.



WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. São Paulo: UNB, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Marbury v. Madison**. 1803. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em: 13/09/2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 13/09/2016.

\_\_\_\_\_. **Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos**. 1969. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/15388.pdf>>. Acesso em: 13/09/2016.

ZÚÑIGA CARDOZA, Rubén. A dicotomia jurisdiccional entre direito interno e direito internacional em matéria de direitos humanos. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 125-159, jul./dez. 2010.



# CONTRATOS INTERNACIONAIS E INCOTERMS

## *INTERNATIONAL CONTRACTS AND INCOTERMS*

Eline Cinara de Moraes Félix\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Contratos internacionais. 2 Autonomia da vontade. 3 Lei brasileira aplicável. 4 Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). 5 Cláusulas típicas dos contratos internacionais. 6 INCOTERMS (International Commercial Terms). Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de estudar os contratos internacionais, analisando a questão da autonomia da vontade, normas de direito internacional e legislação brasileira aplicáveis, cláusulas típicas dos contratos e INCOTERMS.

**Palavras-chave:** Contratos internacionais. Autonomia da vontade. Cláusulas típicas. INCOTERMS

**ABSTRACT:** *This article aims to study the international contracts, analyzing the question of the autonomy of the will, norms of international law and Brazilian legislation applicable, typical clauses of contracts and INCOTERMS.*

**Keywords:** *International contracts. Autonomy of the will. Typical clauses. INCOTERMS*

## INTRODUÇÃO

Diante da tendência mundial de formação de blocos econômicos e do incremento do comércio internacional, é natural surgir uma maior preocupação sobre os conflitos de leis em matéria de contratos internacionais. Os problemas decorrentes da aplicação e interpretação desse tipo de contrato precisam ser analisados sob o aspecto de harmonização das regras que serão aplicadas em caso de litígio (ARAÚJO, 2004, p. 8).

Nesse sentido, observa-se que a função do Direito Internacional Privado é justamente encontrar soluções para as questões que envolvem conflitos entre relações privadas ligadas a mais de um ordenamento jurídico, ou seja, as partes envolvidas estão em países diversos. O estudo dos métodos conflituais permite compreender os temas específicos necessários à solução desse tipo de dissídio (ARAÚJO, 2004, p. 21, nota 1).

Como um ramo autônomo das ciências jurídicas, o Direito Internacional Privado deve considerar todos os aspectos relacionados ao objeto contratual e contratantes para definir qual regramento será aplicado às relações jurídicas de alcance extraterritorial (SALEME; NIARADI, 2005, p. 390-391).

---

\* Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada.

Pode-se afirmar que o Direito Internacional Privado regula a vida das pessoas privadas no plano internacional e designa o ordenamento jurídico que contém a norma aplicável ao caso específico.

## 1 CONTRATOS INTERNACIONAIS

### 1.1 Histórico

De acordo com Nádia de Araújo (2004, p. 21), o estudo dos contratos internacionais está contido na parte especial do Direito Internacional Privado. São analisadas as normas que regulamentam essas relações obrigacionais de âmbito internacional, com especial atenção para o papel da autonomia da vontade.

O Direito Internacional Privado, também denominado por alguns doutrinadores de direito uniforme substantivo, tem regras originadas no conjunto de costumes criados a partir do comércio internacional. Nesse sentido, o costume é uma regra não escrita, mas cuja prática é amplamente aceita como se fosse mesmo uma lei. Portanto, o uso prolongado dos costumes leva à construção de uma regra que, embora não escrita, apresenta natureza jurídica (SALEME; NIARADI, 2005, p. 392-393).

Luiz Olavo Baptista esclarece que a aplicação de normas de direito estrangeiro é muito antiga, até mesmo nas convenções e contratos. O doutrinador afirma que sua origem remonta ao início da prática do comércio internacional, quando fenícios, gregos, persas e assírios já as utilizavam. A tradição romana que formou a base do *jus gentium*<sup>1</sup> foi preservada e empregada também no mundo ocidental (BAPTISTA, 2010, p. 30).

Na realidade, a doutrina aponta diversos critérios para se determinar o caráter internacional de um contrato, sendo que eles podem se referir ao aspecto econômico ou ao elemento jurídico. A movimentação de bens e serviços entre fronteiras é um critério que demonstra a internacionalidade de um contrato no aspecto econômico. Porém, esse critério é adotado como jurídico na França, por exemplo, e no direito brasileiro para determinados contratos (BAPTISTA, 2010, p. 21).

---

<sup>1</sup> Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo afirma que “(...) o conceito de direito das gentes é tomado dos romanos: corresponde à tradução literal de *jus gentium*. Surge primeiro em Roma, durante a organização tribal, mesmo antes da monarquia (...)” (MACEDO, 2011, p. 4).

Quanto aos critérios relacionados aos elementos jurídicos, Baptista (2010, p. 23) esclarece que os mais empregados são o do “(...) interesse do comércio internacional e o jurídico, cujo grande formulador foi Batiffol.”

Quando se trata de formação de contratos, não se pode deixar de perceber que tais negócios representam a manifestação de vontade humana, a qual pode mudar após a conclusão do pacto. Ademais, existe a possibilidade de surgirem fatores externos e supervenientes que tornem necessário readequar o que foi formalizado. Assim, muitas vezes os contratos poderão ser revistos, anulados ou resolvidos (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 2).

Nestes casos, no direito interno há um ordenamento jurídico que disciplina as regras aplicáveis e a autoridade estatal competente para resolver as controvérsias surgidas entre os contratantes. No âmbito dos contratos internacionais, contudo, não se pode impor a legislação interna de um país, o que torna as relações privadas internacionais peculiares.

A esse respeito, Lauro Gama Júnior assevera que:

As relações privadas internacionais são, portanto, caracteristicamente difíceis, porque o direito ainda é visto como prerrogativa de Estados soberanos e porque, apesar das fronteiras, as pessoas e suas relações jurídicas cada vez mais se deslocam no espaço, sobretudo no mundo globalizado atual. A permanente tensão entre soberania e mobilidade levanta várias questões, ora ligadas à jurisdição internacional, ora à determinação do direito aplicável, ora ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, que compete ao operador do direito resolver. (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 2).

É preciso salientar que ocorreu um movimento de codificação do Direito Internacional Privado na América Latina, especialmente a partir de 1975. Naquela época, a Organização dos Estados Americanos (OEA) iniciou a promoção de conferências especializadas sobre esse ramo do Direito, as quais foram importantes para aproximar os dois sistemas jurídicos adotados no continente: países afiliados ao sistema de *common law* e países afiliados ao sistema romano-germânico. Destaque-se, ainda, que a Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais foi produzida por essas conferências (ARAÚJO, 2004, p. 10-11 e 16).

Outra tentativa de harmonizar as regras, considerando-se que cada país possui seu próprio ordenamento jurídico, ocorreu com a criação das “normas conflituais internacionais uniformes”, expressão utilizada por

Nádia de Araújo (2004, p. 28). A doutrina costuma relacionar tais normas ao método conflitual. São elas:

- normas decorrentes da *lex mercatoria*<sup>2</sup>;
- princípios do *UNIDROIT* (Instituto para Unificação do Direito Privado);
- trabalhos da *UNCITRAL* (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional), entre eles a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias<sup>3</sup>, assinada em Viena, em 1980.

Ressalte-se que os riscos decorrentes dos contratos internacionais podem ser melhor administrados quando as partes contratantes reduzem a imprevisibilidade a respeito do regramento que será aplicado. Tanto as normas decorrentes da *lex mercatoria* como os trabalhos da *UNCITRAL* têm essa finalidade.

A propósito, Saleme e Niaradi destacam que o desenvolvimento do direito do comércio internacional ocorreu a partir das atuações de ambos os pactuantes em negócios que extrapolavam as fronteiras de um país. Como não havia intervenção dos governantes, aplicavam-se regras de direito costumeiro. A própria *lex mercatoria* é um regulamento de origem costumeira e que, por sua origem, serve como base ao direito do comércio internacional (SALEME; NIARADI, 2005, p. 393).

Quanto aos princípios do *UNIDROIT*, “(...) destinam-se a exercer esse papel, pois foram concebidos para lidar, especificamente, com as relações do comércio internacional.” (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 2-3).

Os referidos princípios foram publicados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (*UNIDROIT*) em 1994, sendo que novos capítulos e regras foram inseridos em 2004. De

---

<sup>2</sup> Segundo Maristela Basso, “*lex mercatoria*” é um “fenômeno identificado no período subseqüente à Segunda Guerra Mundial com então pujante atividade negocial dos comerciantes/empresas internacionais, destaca-se como um importante parâmetro de regulação normativa transnacional do comércio, em larga medida desvinculado da atuação estatal e dependente da observância dos sujeitos envolvidos, a partir de modelos de normas, padrões e mecanismos efetivos de solução de conflitos” (BASSO, 2009, p. 90).

<sup>3</sup> A Convenção de Viena de 1980 “foi o resultado de um notável esforço coordenado de países de culturas jurídicas e graus de desenvolvimento econômico diferentes de diversas partes do mundo, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – *UNCITRAL*. Em poucas palavras, a *CISG* é a mais bem-sucedida lei uniforme sobre trocas mercantis. Ela reuniu, num só instrumento internacional, as matérias tratadas nas duas Convenções da Haia de 1964 (*LUVI* – Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias e *LUF* – Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias), quais sejam, respectivamente, a formação dos contratos de compra e venda internacional e as obrigações das partes nesses contratos.” Disponível em <http://www.cisg-brasil.net/a-cisg> acesso em 13 fev. 2015.

acordo com Gama Júnior (2006, p. 3), os princípios representam uma “(...) fonte não legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais”, elaborada por juristas originários dos mais variados berços jurídicos da época contemporânea – sendo por isso denominados de *droit savant*.

O mesmo doutrinador esclarece que o principal objetivo dos princípios é “(...) prover os agentes do comércio internacional de normas uniformes versando os vários aspectos da relação contratual, como formação, validade, interpretação, execução e inexecução dos contratos, compensação, a cessão de créditos, dívidas e contratos, e os prazos de prescrição.” (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 3).

A importância dos princípios decorre, além do trabalho meticuloso dos juristas responsáveis por sua elaboração, do fato de que eles vêm sendo utilizados frequentemente em contratos, arbitragens e conflitos judiciais de alcance internacional. Desse modo, pode-se afirmar que os princípios do *UNIDROIT* são responsáveis pelo uso de normas de direito transnacional, desvinculadas de um sistema jurídico nacional determinado e destinadas especificamente às relações mercantis internacionais (GAMA JÚNIOR, 2006, p. 3).

Assim, as relações comerciais internacionais tornam-se mais fáceis a partir do momento em que as partes possuem conhecimento dos princípios, que podem servir aos mais diferentes contratantes (de várias origens geográficas e culturas), os quais não precisam recorrer ao direito nacional para formalização e readequação de um contrato internacional.

Nos Estados Unidos, porém, utiliza-se um outro sistema, conhecido como unilateral. Em síntese, o sistema unilateral elege a norma que delimita a aplicação do direito material no local onde ocorre o conflito, isto é, privilegia a aplicação da regra local (ARAÚJO, 2004, p. 29). Assim, não é importante escolher a lei mais adaptada para resolver o problema, mas sim dar preferência ao resultado.

No caso *Babcock*, julgado pelo Tribunal de Nova York, deixou-se de aplicar a regra do *lex loci delicti* para aplicar a lei daquele estado a um acidente de trânsito ocorrido em Ontário, Canadá. Isso porque o carro era registrado em Nova York, motorista e a passageira ferida moravam em Nova York e o seguro do carro era da cidade americana. Além disso, o Tribunal considerou que, pela lei de Ontário, a passageira não teria direito a indenização, diferentemente do que previa a lei americana (ARAÚJO, 2004, p. 29).

Atualmente, esses dois sistemas estão convergindo, sendo suas diferenças atenuadas, o que certamente contribui para a resolução de contendas em contratos internacionais.

Interessante observar que, no Reino Unido, cada caso concreto deve ser analisado para se definir se os contratos serão regidos por normas de direito interno ou de direito internacional, por expressa disposição de duas leis sobre a matéria, o *Unfair Contract Terms Act* (de 1977) e o *Arbitration and Conciliation Act* (de 1996). (BAPTISTA, 2010, p. 24).

## 1.2 Conceito

Um contrato internacional é caracterizado pela presença de “um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais” (ARAÚJO, 2004, p. 27). De acordo com tal conceito, um contrato será tido como internacional se uma das partes for domiciliada em país diverso ao do local onde o contrato foi firmado ou, ainda, se um contrato for entabulado em um país para ser cumprido em outro.

Para Batiffol, um contrato pode ser considerado internacional se possuir liame com mais de um sistema jurídico, seja nos atos de celebração, execução, nacionalidade ou domicílio dos contratantes ou localização de seu objeto (BATIFFOL, 1938, p. 38, *apud* BAPTISTA, 2010, p. 23).

Para evitar possíveis conflitos futuros, é possível que as partes já façam a escolha das regras que serão utilizadas, além de determinar o foro competente e até mesmo a utilização de arbitragem (ARAÚJO, 2004, p. 27). Nesse ponto, surge com destaque a questão da autonomia da vontade, cujo entendimento e alcance são de suma importância nos contratos internacionais.

## 2 AUTONOMIA DA VONTADE

As primeiras concepções de direitos subjetivos como direitos individuais surgem a partir do século XVI. Essa noção decorre da ideia de liberdade contratual, livre arbítrio e capacidade de escolha do indivíduo. Posteriormente, os juristas do século XVIII “basearam a teoria do contrato na autonomia da vontade, na livre criação dos direitos subjetivos e na força obrigatória dos contratos.” (ARAÚJO, 2004, p. 41-42).

Para a formação de um contrato, a vontade concordante das partes era essencial, ou seja, era a responsável por gerar os efeitos jurídicos



desse contrato (ARAÚJO, 2004, p. 42, nota 5). A liberdade na escolha seria como eleger uma entre um número determinado de possibilidades (STRENGER, 1968, p. 7).

É fato que, ao se falar sobre autonomia da vontade na relação contratual, deve-se levar em conta a liberdade das partes em contratar, a força obrigatória do pacto e possíveis vícios de consentimento presentes no negócio. Ao mesmo tempo em que permite a manifestação da vontade, a liberdade de contratar esbarra nas regras de direito público, que têm o objetivo de preservar o interesse coletivo (SILVA; PAIVA, 2007, p. 7).

No direito continental europeu, surgiram duas correntes para tentar explicar o alcance da expressão “autonomia da vontade”. Segundo Nádia de Araújo (2004, p. 61), são elas:

- concepção subjetivista: a designação do direito aplicável depende exclusivamente da vontade dos contratantes. Na ausência de escolha de lei, deve-se procurar a “vontade hipotética” das partes.

- concepção objetivista: a lei não pode ser objeto das estipulações contratuais porque a prerrogativa das partes não é adotar uma lei, mas submeter-se a ela. As partes não podem afastar determinadas normas aplicáveis a um contrato e nem elaborar um contrato que escape às determinações legais.

Ainda de acordo com a autora, a entrada em vigor da Convenção de Roma modificou o direito francês e determinou de modo expresso a autonomia das partes em escolher a lei aplicável ao contrato. Quanto à incorporação do princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais, nota-se que representa o direito dos contratantes em indicar as regras que farão a disciplina do acordo, o que contribui para facilitar as negociações internacionais (SILVA; PAIVA, 2007, p. 8).

No direito norte-americano, a autonomia da vontade permite que as partes escolham entre leis estaduais diferentes para regular um contrato e, também, entre leis de outros países (ARAÚJO, 2004, p. 76-77). No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi aprovada a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 1994, a qual estabelece a possibilidade de escolha de lei nos contratos internacionais. Essa Convenção foi elaborada na V Conferência Especializada sobre Direito Internacional Privado (CIDIP), realizada na Cidade do México, e foi inspirada pela Convenção de Roma (SILVA; PAIVA, 2007, p. 12).

Além de terem adotado em suas legislações internas os tratados de Montevideu, Argentina, Paraguai e Uruguai (países membros do Mercosul) possuem em seus códigos civis normas reguladoras do conflito de leis relativas aos contratos internacionais (ARAÚJO, 2004, p. 77).

Entretanto, como nem todos os países-membros do Mercosul ratificaram a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, a questão da autonomia da vontade continua sendo vista a partir da perspectiva de cada ordenamento jurídico interno (ARAÚJO, 2004, p. 89).

Essa conclusão é reforçada pelo posicionamento de Silva e Paiva ao explicarem que o jurista Haroldo Valladão chegou a preparar um anteprojeto de lei geral de aplicação e atualização das normas jurídicas para utilização pelos países membros do Mercosul, mas não foi aprovado (SILVA; PAIVA, 2007, p. 17).

É preciso ressaltar que o Brasil promulgou as Regras do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual pelo Decreto n. 2095/1996, que trata da eleição de foro nos contratos realizados entre pessoas físicas e jurídicas com domicílio ou sede social nos Estados-parte. Além disso, pelo texto do Protocolo, suas regras poderão ser aplicadas se ao menos uma das partes tiver domicílio ou sede social em um dos Estados-parte e houver uma cláusula de eleição de foro que determine a competência de um juiz de algum Estado-parte (ARAÚJO, 2004, p. 89-90).

Conforme Nádia de Araújo (2004, p. 49), no direito brasileiro, as partes têm autonomia para fixar o conteúdo do contrato, desde que atenda aos limites legais. Isso significa que devem ser respeitadas as normas de ordem pública e as imperativas. Já no direito internacional, diversamente, autonomia da vontade é a possibilidade de as partes elegerem outro ordenamento jurídico para reger o contrato.

A doutrina brasileira é unânime em admitir o *dépeçage*<sup>4</sup> na determinação da lei aplicável aos contratos internacionais. Seria possível, então, que um mesmo contrato tivesse uma cláusula regulada pelas leis de um determinado país, enquanto outra é disciplinada pelo ordenamento

---

<sup>4</sup> De acordo com Nádia de Araújo, “*dépeçage*” é “um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo sistema de DIPr [Direito Internacional Privado], pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes será regida por outra. No segundo, as partes têm a faculdade de determinar que o contrato será regido por mais de uma lei.” (ARAÚJO, 2009, p. 95).

do contratante diverso ou até mesmo de um terceiro país (SILVA; PAIVA, 2007, p. 10-11).

Manoel Medina de Lemus lembra que, para a adoção de normas de um terceiro Estado a um contrato internacional, são necessários três requisitos. O primeiro é que a regra estrangeira seja aplicável ao caso concreto. O segundo refere-se à necessidade de existir um liame significativo entre o país de um dos contratantes e a norma externa. Por fim, o terceiro requisito exige a razoabilidade da aplicação da norma do terceiro país (LEMUS, 1992, p. 31, *apud* SILVA; PAIVA, 2007, p. 11).

Restam, então, apenas as questões relacionadas à substância e aos efeitos dos contratos internacionais para dividir os doutrinadores. Desse modo, na doutrina pátria há três correntes, sendo a primeira contrária à autonomia da vontade, a segunda favorável, desde que limitada às regras supletivas e excluindo a possibilidade de sua aplicação a todo o contrato e a terceira favorável à autonomia da vontade de forma mais ampla.

Mesmo com as divergências doutrinárias, observa-se que o ordenamento jurídico interno impõe limites à aplicação da lei estrangeira, restringindo a vontade das partes em matérias *contra legem* ou contrárias à ordem pública.

A ordem pública é considerada verdadeira cláusula de reserva em muitos ordenamentos jurídicos. Podem-se citar o artigo 17 da Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 1987 e da Lei Japonesa de Aplicação de Normas Jurídicas (*Horei*), de 1898. A Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais também excepciona a matéria da ordem pública interna na escolha da lei pelas partes e, no direito brasileiro, verifica-se a mesma limitação de escolha na Lei n. 9.307/1996 (lei de arbitragem), por exemplo, para que seja respeitada a ordem pública (BASSO, 2009, p. 269).

### **3 LEI BRASILEIRA APLICÁVEL**

Mesmo com os dispositivos internacionais de uniformização das normas aplicáveis aos contratos internacionais, é necessário analisar as leis internas brasileiras sobre o assunto. A principal fonte normativa, pode-se dizer, é o Decreto-lei n. 4.657/1942, denominado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O artigo 17 do sobredito Decreto-lei é expresso ao afirmar que leis, atos e decisões de outros países e quaisquer declarações de vontade

não possuem eficácia no Brasil se ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Assim, mesmo que um contrato internacional (que é uma declaração de vontade) contenha cláusulas formuladas a partir da autonomia da vontade dos contratantes, mas contrárias à ordem pública, não terá eficácia neste país.

A doutrina costuma chamar de fórmula tríplice a limitação contida no artigo 17, afirmando que sua interpretação é feita pelo aplicador da norma no caso concreto (BASSO, 2009, p. 264). As restrições referem-se tanto à aplicação de leis estrangeiras pelo juiz brasileiro como ao reconhecimento de efeitos jurídicos aos atos e sentenças proferidos em outros países (BASSO, 2009, p. 271).

É interessante analisar os diversos tipos de situações que podem ocorrer e como a legislação brasileira trata da matéria. Desse modo, serão abordados os aspectos relacionados ao a) lugar da situação do bem, b) lugar da constituição da obrigação e c) lugar da constituição das sociedades e fundações.

a) Lugar da situação do bem (*lex rei sitae*): é o critério utilizados para os direitos reais. Trata-se da aplicação do princípio da territorialidade e, de acordo com o artigo 8º da LINDB, a lei do local onde o bem imóvel se situa é a responsável por reger sua qualificação e disciplinar suas relações. A titularidade do bem pode ser de pessoas nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil. Os parágrafos do artigo 8º trazem situações específicas:

a.1) Bens sem localização permanente (artigo 8º, § 1º): aplica-se a lei do domicílio do proprietário como regra de conexão supletiva para bens sujeitos a regime de trânsito e mobilidade intensos.

a.2) Bens protegidos por direitos de propriedade intelectual: segundo a doutrina, deve-se aplicar a lei do local onde os bens são economicamente explorados e, se isso acontece em vários lugares, emprega-se a lei do país onde o titular do direito sofreu maiores prejuízos (BASSO, 2009, p. 175).

a.3) Direitos reais sobre garantia e penhor (artigo 8º, § 2º): será utilizada a lei do lugar do domicílio daquele que detém a posse direta da coisa (BASSO, 2009, p. 175).

a.4) Navios, aeronaves e embarcações: como são considerados bens móveis de natureza especial e circulam entre áreas de fronteiras, será aplicada a lei de sua origem ou matrícula (local do registro dos direitos proprietários sobre a coisa).

É importante observar que, conforme o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os efeitos de negócio jurídico realizado no exterior sobre imóveis localizados no Brasil são vinculantes. Isso significa que as sentenças estrangeiras que ratificam esses negócios não violam a ordem pública brasileira e podem ser homologadas neste país (BASSO, 2009, p. 273).

b) Lugar da constituição da obrigação (*locus regit actum* ou *ius loci celebrationis*): é o critério utilizado para os direitos das obrigações. É no campo obrigacional que se tornam mais evidentes as possíveis restrições à autonomia da vontade diante dos conceitos de ordem pública interna e internacional. Assim, por disposição do artigo 9º, *caput* da LINDB, aplicam-se as leis do local em que as obrigações são constituídas. Caso as obrigações devam ser executadas no Brasil ou dependam de forma essencial, o parágrafo 1º do mesmo artigo determina que deve ser aplicada a lei brasileira, ressalvadas as particularidades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. São as regras *lex loci contractus* e *lex loci executionis*.

c) Lugar da constituição das sociedades e fundações: é o critério utilizado em relação às pessoas jurídicas. O artigo 11 da LINDB determina que se aplica a lei do local de constituição da sociedade, fundação ou associação, ou seja, elege a regra *lex societatis*.

Ainda a respeito das disposições da LINDB, cabe tecer algumas observações. Pelo teor do artigo 16, se for caso de utilização de direito estrangeiro, deverá ser aplicado o direito material estrangeiro e não o direito internacional privado estrangeiro. O objetivo é evitar a ocorrência da técnica do retorno, devolução ou *renvoi*, não admitida de modo expreso pelo direito brasileiro (BASSO, 2009, p. 213).

O juiz pode exigir a prova do texto da lei estrangeira e da sua vigência (artigo 14 da LINDB). Com relação às provas de fatos e atos ocorridos no exterior, o artigo 13 da LINDB contém dois regimes diversos. As provas submetem-se ao critério de *lex loci*, isto é, são produzidas de acordo com a lei do lugar onde os fatos aconteceram. Já os meios probatórios submetem-se ao critério de *lex fori* e são analisados segundo a lei processual brasileira. Portanto, o juiz não pode considerar provas não admitidas pela lei nacional diante do princípio da territorialidade (BASSO, 2009, p. 232).

4.1) Casos de competência internacional concorrente: é necessário analisar os artigos 12, *caput* da LINDB e os artigos 21 e 22 do Novo

Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). O réu domiciliado no Brasil (seja de que nacionalidade for) submete-se à lei brasileira, por incidência do princípio *actio sequitor forum rei*. Também atinge as pessoas jurídicas estrangeiras com filial, agência ou sucursal no país (BASSO, 2009, p. 243). A justiça brasileira julga, ainda, ações cuja obrigação deve ser executada no Brasil ou as originadas de fatos ocorridos aqui. Ressalte-se que a competência brasileira, nestes casos, não é exclusiva: as ações podem ser propostas também no exterior.

4.2) Casos de competência exclusiva da autoridade judicial brasileira e “*forum rei sitae*”: as ações relativas a imóveis situados no Brasil são de competência exclusiva, consoante análise dos artigos 12, § 1º da LINDB e 23 do Novo Código de Processo Civil. É uma regra consagrada como norma consuetudinária internacional, de modo que qualquer ação proposta no exterior envolvendo tais matérias não produz nenhum efeito. Segundo Maristela Basso, são objeto da competência exclusiva “(...) ações envolvendo: (i) relações sobre bens imóveis *uti singuli* situados no Brasil e a declaração de nulidade do negócio de venda e compra de tais imóveis; (ii) partilha de bens situados no Brasil, de titularidade de casal estrangeiro que tenha se divorciado no estrangeiro (isto é, vínculo conjugal tenha sido desconstituído por sentença estrangeira).” (BASSO, 2009, p. 245-6). A redação do Novo Código de Processo Civil inclui, em matéria de sucessão hereditária, a hipótese de confirmação de testamento particular e trâmite de inventário e partilha de bens situados no Brasil, mesmo que o autor da herança seja estrangeiro ou tenha domicílio no exterior.

4.3) Cooperação judiciária internacional e cumprimento de diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente: atos sem caráter de execução e diligências processuais solicitadas por autoridades estrangeiras são cumpridos no Brasil por cooperação judiciária internacional, firmada por intermédio de tratados bilaterais ou multilaterais (consoante disposição dos artigos 26 a 41 do Novo Código de Processo Civil). Saliente-se que esses atos não dependem de homologação, contrariamente ao que ocorre com as sentenças estrangeiras (BASSO, 2009, p. 247-248). O *exequatur* das cartas rogatórias inicia-se no Superior Tribunal de Justiça (STJ), após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

No Mercosul, foi celebrado pelos Estados-membros o Protocolo de *Las Leñas* sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (em 27 de julho de 1992), “o qual estabelece um procedimento especial para cumprimento das cartas

rogatórias advindas de autoridades judiciárias dos Estados por intermédio das autoridades centrais.” (BASSO, 2009, p. 251).

4.4) Princípio da não-simultaneidade e o artigo 24 do Novo Código de Processo Civil: à primeira vista, parece ser inconciliável o artigo 24, *caput* do Novo Código (dispõe que “a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil”) e o artigo 22 do Protocolo de *Las Leñas* (que afasta a possibilidade de litispendência nos países do Mercosul). Porém, resta uma interpretação favorável se o sobredito artigo 24 for aplicado para todos os demais países, com exceção dos membros do Mercosul (BASSO, 2009, p. 255).

#### **4 CONVENÇÃO DE VIENA PARA A COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)**

A Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (*CISG*) foi aprovada em 10 de abril de 1980. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 538/2012 e entrou em vigor em 01/04/2014. As partes que optarem podem adotar a *CISG* na celebração de contratos internacionais de compra e venda para a aplicação de regras comuns, estáveis e previsíveis para as partes. Essas regras serão aplicadas em qualquer foro eleito, seja no Brasil ou exterior e, neste caso, todas as leis internas analisadas no decorrer deste texto não são aplicadas. Nota-se, portanto, o quão mais simples pode se tornar um contrato internacional se for celebrado com as regras da Convenção de Viena.

#### **5 CLÁUSULAS TÍPICAS DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Analisada a questão da autonomia da vontade das partes na concretização dos contratos internacionais, é preciso conhecer suas cláusulas típicas.

Essas cláusulas, pactos ou condições são a vontade contratual articulada em uma série de determinações. Em outras palavras,

As cláusulas representam um preceito negocial autônomo, no interior da unidade integral das determinações contratuais, às quais corresponde um efeito jurídico próprio. Não se

confunde, finalmente, a cláusula com um parágrafo ou com um artigo de um contrato. (CRETELLA NETO, 2010, p. 411-2).

Serão apontadas a seguir as cláusulas comumente constantes dos contratos internacionais:

a) Preâmbulo (*preamble, préambule, präambel*): também chamado de exposição de motivos (*exposé de motifs*), preliminares (*preliminary, préliminaires*), premissas (*premisses*) e *recitals* (*declaraciones*). Segundo Cretella Neto (2010, p. 413;416), mais de 85% dos contratos internacionais começam com um preâmbulo, o qual tem extensão variável. Não se trata de uma cláusula contratual, mas sim de uma declaração de intenções das partes e fonte complementar de interpretação das obrigações dos contratantes.

b) Cláusula de eleição de foro: visa minimizar os problemas que podem surgir por conflito de leis, assegurar a aplicação de certo direito ao contrato e facilitar a solução de divergências entre os contratantes. Nos contratos internacionais, a escolha do foro está inserida na autonomia da vontade, de forma ampla. A indicação das partes é plenamente aceita, a menos que não tenha qualquer relação com o contrato ou tente fraudar a lei e a ordem pública.

c) Cláusula compromissória e cláusula arbitral: tanto a cláusula compromissória como a cláusula arbitral são celebradas entre os contratantes para possibilitar que eventuais litígios decorrentes do contrato sejam solucionados por arbitragem privada (CRETELLA NETO, 2010, p. 422). Na lei brasileira<sup>5</sup> (Lei n. 9.307/1996), a convenção de arbitragem é gênero, da qual são espécies a cláusula compromissória (para litígios futuros) e o compromisso arbitral (pressupõe existência atual de litígio concreto entre os contratantes). Porém, nos contratos internacionais essa distinção não é relevante,

Definindo-se convenção de arbitragem internacional como ‘o acordo pelo qual duas ou mais partes se comprometem a submeter seus litígios presentes ou futuros a um ou a diversos árbitros, e que envolvam interesses referentes ao comércio internacional. (CRETELLA NETO, 2010, p. 425).

<sup>5</sup> No julgamento da Sentença Estrangeira Contestada 4.213/EX, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “se a convenção de arbitragem foi validamente instituída, se não feriu a lei à qual as partes a submeteram (art. 38, II, da Lei n. 9.307/1996) e se foi aceita pelos contratantes mediante a assinatura do contrato, não se pode questionar, em sede de homologação do laudo arbitral resultante desse acordo, aspectos específicos da natureza contratual subjacente ao laudo homologando” e, sendo assim, a “sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais e regimentais deve ser homologada” (STJ, SÉC 4.213/EX, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 26/06/2013).



Algumas organizações internacionais publicam cláusulas-modelo, como a *UNCITRAL*. Porém, as partes podem elaborar livremente a cláusula de arbitragem internacional. Também há possibilidade de estabelecer cláusulas mistas de solução de controvérsias: certas cláusulas serão decididas por arbitragem e outras judicialmente.

Um interessante conflito internacional envolvendo cláusula compromissória de arbitragem aconteceu entre as construtoras da hidrelétrica de Jirau/RO e as seguradoras da obra. Após um incêndio criminoso em março de 2012, as construtoras tentaram receber a indenização decorrente do contrato de seguro, mas as seguradoras levaram a questão para a Câmara Britânica Arbitral de Arias. Enquanto a justiça inglesa determinou a prisão dos diretores das empresas construtoras, caso insistissem em ajuizar ações no Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo impôs multa diária se as seguradoras movimentassem o processo na justiça inglesa ou na câmara arbitral estrangeira. O litígio discute a validade de uma cláusula arbitral que elege a Câmara de Arias para a resolução do montante indenizatório a ser pago. Porém, no entendimento do tribunal paulista, essa cláusula não poderia prevalecer por contrariar outra cláusula do mesmo contrato, dispondo que qualquer disputa originada da apólice seria analisada pelos tribunais brasileiros (VASCONCELLOS, 2012, documento eletrônico).

d) Cláusula de moeda: os contratantes devem eleger qual será a moeda utilizada para a realização dos pagamentos pelo devedor. Se o contrato não contém essa escolha, deve-se adotar a regra “*lex loci solutionis*”, ou seja, o adimplemento das obrigações será feito na moeda do local do pagamento. Na hipótese de o lugar não constar expressamente do contrato, será determinado a partir da intenção comum das partes (CRETELLA, 2010, p. 457). Deve-se verificar se a lei do país que os contratantes escolheram para reger o contrato admite fixação do preço em moeda estrangeira. O pagamento pode ser feito em prestações ou *pro rata* (conforme as mercadorias são embarcadas ou a obra concluída). Também há possibilidade de estabelecer período de carência (*grace period, période de grace, Karenzfrist*). Quanto à taxa de câmbio, as partes devem estabelecer qual deverá prevalecer ou optar pela adoção da taxa média entre as taxas de compra e de venda da moeda no dia do pagamento. Podem as partes, ainda, acordarem quanto ao seguro de câmbio (*hedge*), com o fim de evitar perdas com a desvalorização em pagamentos parcelados. Como espécies da cláusula de moeda, existem:

d.1) cláusulas de garantia com base em ouro, que caíram em desuso. São a cláusula-ouro (pagamento deve ser em metal nobre) e a cláusula ‘valor ouro’ (pagamento deve ser em moeda definida, porém com dependência em relação ao valor do ouro no dia); d.2) cláusulas de garantia em moeda estrangeira, que são subdivididas em três: as cláusulas de câmbio (taxa de câmbio em relação a outra moeda, geralmente uma moeda forte), as cláusulas de opção de câmbio ou de câmbio múltiplo (indexam o preço a mais de uma moeda, oferecendo ao credor a opção de escolha da moeda) e as cláusulas de unidade de contagem (criam um valor monetário comum internacional único); d.3) cláusula geral de indexação de preços, que leva em conta a inflação passada em determinado período, sendo mais comum em contratos internos (CRETELLA NETO, 2010, p. 457-8).

e) Cláusula de idioma: nos contratos internacionais, é comum que as partes optem por mais de um idioma na redação do contrato. As especificações podem ser feitas livremente (dois idiomas com a mesma autoridade, um predominando sobre o outro ou contrato em língua única com fornecimento de versão traduzida como simples cortesia).

f) Cláusula de confidencialidade: leva em conta o valor da parte intangível do patrimônio das pessoas jurídicas, como o *know-how* da empresa, reputação, marca, presença em vários mercados e potencial de crescimento. Essa cláusula abrange:

Não apenas informações referentes à tecnologia, mas incluem estratégias de mercado, dados financeiros, métodos operativos e outras informações que as partes divulgam entre si durante as negociações e durante a execução do contrato, mas que, por várias razões, não pretendem que terceiros a elas tenham acesso (...), sua importância é crescente nos contratos internacionais. (CRETELLA NETO, 2010, p. 445).

g) Cláusulas de riscos: são cláusulas que visam manter o equilíbrio dos contratos internacionais. Subdividem-se em:

g.1) cláusula de força maior: refere-se aos casos de impossibilidade total ou parcial de cumprimento do contrato, ocasionando a sua dissolução;

g.2) cláusula de *hardship*, de adaptação, adversidade ou infortúnio: visa regular modificações nas responsabilidades das partes, devido a mudanças nos ambientes institucional, político, comercial ou legal do contrato. Diversamente das cláusulas de força maior, as *hardship clauses* regulam as situações em que o cumprimento é possível, mas a manutenção dos termos do contrato se torna excessivamente onerosa para um ou ambos

os contratantes. Bastante utilizada nos contratos de execução continuada. Está definida no artigo 6.2.2 das normas *UNIDROIT*:

Artigo 6.2.2: Existe *hardship* quando ocorrem eventos que alteram substancialmente o equilíbrio do contrato, seja pelo aumento do custo da execução da prestação de uma das partes ou pela diminuição do valor da contraprestação, e

1. os eventos ocorrem ou se tornam conhecidos pela parte em desvantagem após a conclusão do contrato;
2. os eventos não puderam ser razoavelmente levados em consideração pela parte em desvantagem no momento da conclusão do contrato;
3. os eventos estão fora do controle da parte em desvantagem; e
4. o risco de tais eventos não foi assumido pela parte em desvantagem”. (SPOLAOR, 2014).

Nota-se que as cláusulas típicas, embora não sejam de presença obrigatória nos contratos internacionais, servem como um parâmetro para facilitar a negociação e formalização dos contratos internacionais. Elas contribuem, ainda, para a diminuição de conflitos gerados por traduções equivocadas, dúvidas quanto à moeda de pagamento, situações imprevisíveis ou riscos não assumidos.

## 6 INCOTERMS – INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS

A sigla *INCOTERMS* pode ser traduzida como termos, condições ou expressões do comércio internacional. Segundo Cretella Neto (2010, p. 211):

*INCOTERMS* designa um conjunto de definições comerciais padrão (*standard trade definitions*), ou cláusulas-padrão (*standard clauses*) empregadas, principalmente, em contratos comerciais internacionais, cuja finalidade é definir de modo preciso as obrigações dos contratantes nessas transações.

Os *INCOTERMS* são também denominados “cláusulas de preço” porque cada termo define o preço da mercadoria, adicionais aos custos de produção como o frete e o seguro. São utilizados entre vendedor e comprador, mas não se estendem ao transportador ou à companhia de seguros.

A principal finalidade dos *INCOTERMS* é:

Fornecer um conjunto de regras internacionais para a interpretação de termos mais comuns usados no comércio internacional. Assim, as incertezas de interpretações dos mencionados termos em diferentes países, podem ser evitadas, ou, pelo menos, reduzidas a um nível considerável. (MURTA, 2005, p. 15).

Com a utilização dos *INCOTERMS*, alcança-se uma harmonização das condições de venda internacional, já que eles permitem “fixar com precisão a transferência de obrigações entre os contratantes, ou seja, até onde vai a responsabilidade do vendedor e a partir de que ponto no espaço deve o comprador assumir as suas.” (CRETELLA NETO, 2010, p. 213).

Os *INCOTERMS* surgiram em uma reunião da Câmara de Comércio Internacional (CCI) ou *International Chamber of Commerce* (ICC) em 1920, cujo objetivo foi discutir a compilação de termos comerciais frequentemente usados em compras e vendas internacionais (CRETELLA NETO, 2010, p. 213). Desde 1936, os *INCOTERMS* são elaborados, revisados e publicados pela mencionada Câmara. A revisão costuma ser feita a cada dez anos.

Há quatro grupos de *INCOTERMS*, conhecidos como grupo E, grupo F, grupo C e grupo D. A seguir, apresentam-se as principais características de cada um.

a) grupo E: é o grupo que tem como referência principal a partida da mercadoria do país de origem. Possui apenas um *INCOTERM*, o *EXW* (*Ex Works*), que pode ser literalmente traduzido como “na origem”, “posto fábrica” ou “a partir do local de produção”. Este *INCOTERM* indica que o vendedor cumpre sua obrigação de entrega das mercadorias quando as coloca à disposição do comprador. Não é responsável pelo carregamento das mercadorias ou pelo desembaraço para exportação (a não ser que o contrato assim disponha). O comprador assume todos os riscos e custos em retirar as mercadorias das instalações do vendedor até o destino final. Esse termo representa a mínima obrigação para o vendedor. Não exige contrato de transporte e nem de seguro (MURTA, 1995, 36-43).

b) grupo F: é o grupo referente ao transporte principal não pago. Neste, existem três *INCOTERMS*.

b.1) *FCA* (*Free Carrier*): em tradução livre, significa “transportador livre”. Indica que o vendedor cumpre sua obrigação de entrega quando encaminha as mercadorias, desembaraçadas para exportação, à custódia

do transportador nomeado pelo comprador, no local acordado. Se o comprador não determinar o local, o vendedor pode escolher onde o *carrier* (transportador, carregador, carreteiro) assumirá a custódia das mercadorias. O vendedor deve fornecer as mercadorias, a fatura comercial e outros documentos determinados no contrato. O comprador deve obter, por sua conta e risco, qualquer licença de importação ou outra autorização oficial e cumprir as formalidades aduaneiras para importação. Não há obrigatoriedade de contrato de transporte e seguro (MURTA, 1995, 45-55).

b.2) *FAS (Free Alongside Ship)*: “livre ao lado do navio”, em tradução literal. Este *INCOTERM* sugere que o vendedor cumpre sua obrigação de entregar as mercadorias quando as coloca “ao longo do costado do navio” no cais ou em barcaças, no porto indicado para embarque. O comprador assume todos os custos e riscos a partir desse momento e é responsável pelo desembarço para exportação. O vendedor deve fornecer as mercadorias, fatura comercial e prestar ao comprador (a pedido e às expensas deste) assistência na obtenção de licença de exportação ou autorizações oficiais. Não há obrigatoriedade de contratos de transporte e seguro (MURTA, 1995, p. 56-63).

b.3) *FOB (Free on Board)*: significa “livre a bordo”. Determina que o vendedor cumpre sua obrigação de entrega quando as mercadorias tenham cruzado a amurada do navio (*ship's rail*), no porto de embarque determinado. Ele deve desembarçar as mercadorias para exportação. O comprador assume a responsabilidade por riscos e perdas a partir do momento em que as mercadorias são colocadas dentro do navio e deve obter licenças de importação e outras autorizações oficiais. Não há obrigatoriedade de contratos de transporte e seguro (MURTA, 1995, p. 64-71).

c) grupo C: este grupo, que contém quatro *INCOTERMS*, refere-se ao transporte principal pago.

c.1) *CFR (Cost and Freight)*: pode-se traduzir como “custo e frete”. Este *INCOTERM* indica que o vendedor deve pagar os custos e o frete necessário para levar a mercadoria até o porto de destino designado. Porém, o risco de perdas ou danos a essas mercadorias e os custos adicionais ocorridos após a passagem das mercadorias pela amurada do navio são transferidos para o comprador. O vendedor deve desembarçar as mercadorias para exportação e obter licenças oficiais para exportação, além de contratar transporte internacional das mercadorias até o destino. O comprador deve obter as licenças de importação e cumprir formalidades

para importação e trânsito até o destino. Não há obrigatoriedade de contrato de seguro (MURTA, 1995, p. 72-79).

c.2) *CIF (Cost, Insurance and Freight)*: em português, significa “custo, seguro e frete”. Por este *INCOTERM*, o vendedor tem as mesmas obrigações do termo *CFR*, com a adição de ter de providenciar o seguro marítimo contra o risco do comprador por perda ou dano das mercadorias durante o transporte. O vendedor deve contratar o seguro (pode ser com cobertura mínima) e pagar o prêmio, além de transporte. É responsável por todas as formalidades para a exportação. O comprador deve obter as licenças de importação (MURTA, 1995, p. 80-87).

c.3) *CPT (Carriage Paid to...)*: traduzido como “transporte pago até...”. Determina que o vendedor paga o frete pelo transporte das mercadorias até o destino designado e contrata o transporte das mercadorias até o local acordado. Deve desembaraçar as mercadorias para a exportação. O risco por perda ou danos e despesas adicionais transferem-se do vendedor para o comprador quando as mercadorias são entregues à custódia do transportador. O comprador deve obter licenças de importação e outras autorizações oficiais (MURTA, 1995, p. 88-95).

c.4) *CIP (Carriage and Insurance Paid to...)*: em tradução livre, corresponde à “transporte e seguro pagos até...”. O vendedor tem as mesmas obrigações do termo *CPT*, porém, com o acréscimo de agilizar o seguro da carga contra risco de perda ou dano, em favor do comprador, durante o transporte. O vendedor contrata o seguro (pode ser com cobertura mínima) e paga o prêmio, além do transporte das mercadorias até o destino. É responsável pelo desembarço para exportação. O comprador deve providenciar as licenças de importação e autorizações oficiais (MURTA, 1995, p. 96-103).

d) grupo D: o ponto de referência é a chegada das mercadorias ao seu destino, de modo que, neste grupo, o vendedor põe a mercadoria à disposição do comprador no destino. Subdivide-se em três *INCOTERMS*.

d.1) *DAP (Delivered at Place)*: em português, quer dizer “entregue no lugar”. O vendedor deve colocar a mercadoria à disposição do comprador, pronta para ser descarregada, no terminal de destino combinado. Assume os riscos até o destino. O comprador deve providenciar as licenças de importação e outras autorizações oficiais (ARAÚJO, L.).

d.2) *DAT (Delivered at Terminal)*: traduzido como “entregue no terminal”. O vendedor deve colocar a mercadoria à disposição do comprador no terminal de destino combinado. Assume os riscos e custos

do transporte até o porto de destino, com a descarga da mercadoria. O comprador deve providenciar as licenças de importação e outras autorizações oficiais (ARAÚJO, L.).

d.3) *DDP (Delivered Duty Paid)*: significa “entregue com impostos pagos”. Este *INCOTERM* indica que o vendedor cumpre sua obrigação de entrega quando as mercadorias estiverem disponíveis no local designado (no país de importação). Assume riscos, custos, direitos, impostos e outros encargos para entrega das mercadorias, desembaraçadas para importação. Qualquer licença de exportação e importação e outras autorizações oficiais são de responsabilidade do vendedor. Esse termo representa a máxima obrigação para o vendedor, que deve contratar o transporte, mas não é obrigado a contratar seguro. O comprador deve prestar ao vendedor (a seu pedido, risco e expensas) assistência na obtenção da licença de importação (ARAÚJO, L.).

Acrescente-se que os *INCOTERMS* aplicáveis a qualquer tipo de transporte são *EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP* e *DDP*. Já os *INCOTERMS* aplicáveis para transporte no mar e rios são *FAS, FOB, CFR* e *CIF*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de todos os dispositivos que envolvem os contratos internacionais mostra como a matéria é ampla e pode se tornar muito complexa, no caso da legislação brasileira. É preciso compreender que o tema é tratado pelo Direito Internacional Privado e que a autonomia da vontade tem particularidades que não podem ser ignoradas.

Apesar das normas de Direito Internacional, algumas inclusive codificadas por importantes órgãos internacionais, é fato que cada país pode estabelecer suas regras internas. Surge, então, o embate entre a autonomia da vontade e a ordem pública interna. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Novo Código de Processo Civil e vários outros dispositivos legais trazem normas detalhadas e, por vezes, bastante complicadas por dependerem de solução em cada caso concreto, a critério do juiz.

Antes da entrada em vigor da Convenção de Viena de 1980 no Brasil (em abril de 2014), qualquer disputa que envolvesse um contrato internacional e fosse julgada de acordo com as leis pátrias poderia trazer grande insegurança jurídica, especialmente para os contratantes estrangeiros que, geralmente, não conhecem suas especificidades.

Um exemplo é a disputa internacional entre as construtoras da hidrelétrica de Jirau/RO e as seguradoras, na qual as justiças brasileira e britânica proferiram decisões totalmente discordantes para uma cláusula compromissória contida na apólice do seguro contratado.

Para o entendimento de um contrato internacional, também é fundamental conhecer suas cláusulas típicas e, ainda, os *INCOTERMS*. Estes termos, utilizados mundialmente, são um exemplo de êxito na uniformização de contratos internacionais, já que uma simples sigla é capaz de informar praticamente todos os aspectos e responsabilidades de comprador e vendedor em um contrato internacional.

Em virtude do exposto, espera-se que os principais pontos referentes aos contratos internacionais tenham sido abordados com clareza e objetividade, ressaltando-se que não há pretensão de esgotar a matéria, mas sim de estimular estudos e pesquisas a respeito.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 19 ed. 2. sem. São Paulo: Rideel, 2014.

ARAÚJO, Luciane Martins de. **INCOTERMS 2010**. Material fornecido pela professora.

ARAÚJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BARROSO, Darlan; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antonio de (org.). **Vade mecum**. 8 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BATIFFOL, Henri. **Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé**. Paris: Sirey, 1938, *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SEC 4.213/EX**, Corte Especial, rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 19/06/2013, DJe 26/06/2013.

CISG-BRASIL. **A CISG**. Disponível em <http://www.cisg-brasil.net/a-cisg>. Acesso em 13 fev. 2015.

CRETELLA NETO, José. **Contratos internacionais do comércio**. Campinas: Millenium, 2010.

GAMA JÚNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004 – soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HEIN, Alessandra. **Convenção de Viena impulsionará o comércio internacional com o Brasil**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 5 de agosto de 2014, 6h52min. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/convencao-viena-impulsionara-comercio-internacional-brasil>. Acesso em 14 nov. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

LEMUS, Manuel Medina de. **La venta internacional de mercaderías**. Tecnos, Colección de Ciências Sociles – serie de derecho, 1992. *apud* SILVA, Ludmila de Paula Castro; PAIVA, Heloísa Assis de. Princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais e sua aplicação nos países membros da União Europeia e Mercosul. **Revista Horizonte Científico**, Uberlândia, v. 1, n. 1, março de 2007. Disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/11707/6864>. Acesso em mar. 2017.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A genealogia na noção de direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 18, 2010. Disponível em [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1349/1138](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1349/1138). Acesso em mar. 2017.

MARTINS, Adler. **Veja o que não pode faltar no contrato de compra e venda**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 28 de novembro de 2007, 0h01min. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2007-nov-28/veja\\_quais\\_clausulas\\_nao\\_podem\\_faltar\\_contratos](http://www.conjur.com.br/2007-nov-28/veja_quais_clausulas_nao_podem_faltar_contratos). Acesso em 11 nov. 2014.

MURTA, Roberto de Oliveira (trad). **Incoterms 1990: publicação n. 460 da Câmara de Comércio Internacional – CCI**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 1995.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 31 ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Convenção de Viena traz benefícios para contratos internacionais**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 6 de setembro de 2014, 10h09min. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-06/ana-raeffray-convencao-viena-traz-beneficios-contratos-internacionais>. Acesso em 14 nov. 2014.

REIMER, Ivoni Richter. **Trabalhos acadêmicos: modelos, normas e conteúdos**. São Leopoldo: Oikos, 2012.

SALEME, Edson Ricardo; NIARADI, George Augusto. Das cláusulas *hardship* nos contratos internacionais. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Temas atuais de direito do comércio internacional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005. p. 389-406.

SANTOS, Guilherme Moulin Simões Penalva. **A autonomia da vontade nos contratos internacionais: a cláusula de eleição de lei no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2010. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp151070.pdf>. Acesso em 11 nov. 2014.

SILVA, Ludmila de Paula Castro; PAIVA, Heloísa Assis de. Princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais e sua aplicação nos países membros da União Europeia e Mercosul. **Revista Horizonte Científico**, Uberlândia, v. 1, n. 1, março de 2007. Disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/11707/6864>. Acesso em mar. 2017.

SPOLAOR, Darcione. **Contratos comerciais internacionais: cláusula de *hardship* e o reequilíbrio contratual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3911, 17 mar. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26902>. Acesso em 11 nov. 2014.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado**. São Paulo: RT, 1968 *apud* ARAÚJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VASCONCELLOS, Marcos de. **Seguradoras de Jirau perdem briga na Justiça brasileira**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 19 de abril de 2012, 19h35min. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/seguradoras-jirau-pagarao-multa-insistirem-disputa-inglaterra>  
Acesso em 11 nov. 2014.



# RELAÇÕES ENTRE TRABALHO, CIDADANIA E DINÂMICAS SOCIAIS EM REGIÃO DE FRONTEIRA: PONDERAÇÕES SOBRE UMA SOLUÇÃO SOCIOJURÍDICA

## *RELATIONS BETWEEN WORK, CITIZENSHIP AND SOCIAL DYNAMICS IN THE BORDER REGION: NOTES ON A SOCIAL-JURIDICAL SOLUTION*

Fernando Cesar Mendes Barbosa\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1.Trabalho e Emprego na Fronteira. 2. Relações entre Trabalho e Cidadania. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo discute as relações entre trabalho e cidadania nas dinâmicas sociais de fronteira, mais especificamente propõe como objetivo a problematização das relações de trabalho existentes na região de fronteira entre o Brasil e o Paraguai, entre as cidades de Foz do Iguaçu e Ciudad Del Este, sobretudo as relações de trabalho estabelecidas por brasileiros em Ciudad del Este, no Paraguai, e por paraguaios em Foz do Iguaçu. Regiões de fronteira são extremamente complexas e desafiam as normas estatais que pretendem regular as relações sociais, sobretudo as relações de trabalho que, nesse contexto, assumem contornos diferenciados de práticas observadas em outras regiões do país. Direitos sociais são sobrepostos e há constante flexibilização das relações de emprego, que desafiam as normas nacionais a ressignificarem essas relações também enquanto direito social. Torna-se necessário compreender as relações de trabalho na fronteira, como elementos representativos e constitutivos da própria vida dos trabalhadores dessa região, o que significa tomar o trabalho transfronteiriço como agente gerador de cidadania. Como resultados, destacamos que o trabalho versus emprego, na fronteira, tem relações ambíguas com a cidadania nacional – no sentido tanto de pertencimento civil quanto do direito ao trabalho e, assim, fica exposto à ausência ou ao esquecimento do direito humano à vida com dignidade no sentido mais universalizável, pois é destituído das garantias sociais. Concluímos que o trabalho é elemento fundamental, mas não exclusivo, de inserção do homem nas relações socioeconômicas pelas quais está marcado, estabelecendo, dessa forma, uma relação direta entre o trabalho e a cidadania.

**Palavras-chave:** Trabalho. Cidadania. Fronteira. Emprego. Direito Social.

**ABSTRACT:** *This article discusses the relationship between work and citizenship in the social dynamics of the borders, specifically, it proposes as an objective the problematization of labor relations in the border region between Brazil and Paraguay, between the cities of Foz do Iguaçu and Ciudad Del Este, especially the labor relations established by Brazilians in Ciudad del Este, Paraguay, and by Paraguayans in Foz do Iguaçu. Border regions are extremely complex and challenge those laws that are supposed to regulate social relations, the labor relations that, in this context, assume different aspects of practices observed in other regions of the country. Social rights are not undertaken and there is a flexibilization of employment relations, which challenge federal norms to re-signify these relations also as social rights. It is necessary to comprehend the labor relations at the border, as representative and constituent elements of workers' lives from that region, which means taking this work as a way of citizenship. As results, we emphasize that work versus employment at the border comes up with ambiguous relations with national citizenship either in the*

---

\* Discente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado. Licenciado em Letras pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Educação pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana – UNILA.

*sense of civil belonging or the right to work, and thus it is exposed to the absence of the human right to life with dignity in a universalizable sense, since it lacks social guarantees. We conclude that work is a fundamental, but not exclusive, element of insertion of man in the socioeconomic relations by which he is marked, thus establishing a direct relationship between work and citizenship.*

**Keywords:** *Work. Citizenship. Border. Employment. Social Law.*

## INTRODUÇÃO

A região de fronteira tem sido caracterizada não apenas como um espaço físico, que se denomina fronteira nacional capaz de delimitar e limitar espaços nacionais, mas como um espaço no qual diferentes interesses e objetivos dialogam e, ao dialogarem, elementos que são de natureza econômica, cultural e humana extrapolam as fronteiras físicas dos Estados, transformando-as em espaços marcados por multipolaridades (MACHADO e SILVA, 2012). Nesse sentido, a realidade de fronteira é extremamente complexa e desafia as normas estatais que pretendem regular as relações sociais, sobretudo as relações de trabalho, questionando a eficácia dessas mesmas normas, ao mesmo tempo em que requer uma nova maneira de compreensão dessa realidade.

Não é mais suficiente analisar as relações que são estabelecidas nessa região sob o ponto de vista do que seria o ideal em contraposição à realidade fática. Trata-se de abordar a complexidade das relações de trabalho na fronteira, compreendendo-as como elementos representativos e constitutivos da própria vida desses trabalhadores, o que significa tomar o trabalho transfronteiriço como agente gerador de cidadania, legitimando esse grupo de trabalhadores como cidadãos da fronteira.

A análise da maneira pela qual as relações de trabalho são construídas a partir das dinâmicas sociais existentes na fronteira, sobretudo as relações de trabalho estabelecidas por brasileiros em *Ciudad del Este*, no Paraguai, e por paraguaios em Foz do Iguaçu, evidencia que há uma constante movimentação de trabalhadores que cruzam os limites da fronteira. Muitos brasileiros se deslocam diariamente para desenvolver na cidade paraguaia, precipuamente, funções de natureza comercial, como vendedores, por exemplo, e, ao revés, há expressiva quantidade de paraguaios que se deslocam até a cidade de Foz do Iguaçu para desenvolver variadas atividades laborais, com grande destaque para o trabalho feminino, largamente desenvolvido em residências brasileiras sob o formato de trabalho doméstico, ao passo que em relação ao trabalho

masculino há grande quantidade de trabalhadores em atividades ligadas à construção civil.

As atividades desenvolvidas por trabalhadores transfronteiriços na região não são taxativas, de forma que são encontrados homens paraguaios em atividades de mototaxista, por exemplo, e mulheres paraguaias em atividade comercial em pequenas lojas, entre outros exemplos que se multiplicam de um e de outro lado da fronteira.

Apesar da intensa atividade comercial da região, de acordo com dados de 2010, do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população do município de Foz do Iguaçu era de 256.088 pessoas, das quais 124.218 homens e 131.870 mulheres. A mesma pesquisa estimou para o ano de 2015 uma população de 263.782 e revelou ainda que a totalidade de pessoas ocupadas, leia-se com relação de emprego, somava 72.923 pessoas.

Não obstante, dados do CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Ministério do Trabalho e Previdência Social, de 01 de janeiro de 2016, apontam para a existência de 56.612 empregos formais no município de Foz do Iguaçu.

Quando analisados os dados da mesma pesquisa, em relação ao município de Cascavel, que se encontra mais distante da fronteira e apresenta alguma proximidade populacional com o município de Foz do Iguaçu, observa-se que em 2010, a população do Município era de 286.205 pessoas, com valores estimados para 2015, na ordem de 312.778 pessoas, ao passo que em relação às pessoas ocupadas, em 2010, somavam 122.470 pessoas e, em 2016, de acordo com dados do CAGED, 93.301 pessoas com empregos formais.

Apesar de os dados dos dois municípios evidenciarem queda no número de empregos formais, quando comparados os dados de 2010 e 2016, é possível constatar que em relação ao município de Foz do Iguaçu a diminuição é mais acentuada e pode sinalizar para especificidades socioeconômicas desse contexto, como a influência da oscilação no câmbio da moeda norte-americana, utilizada como parâmetro para muitas das atividades econômicas praticadas localmente, por exemplo.

Assim, preliminarmente, constata-se que a parcela da população que efetivamente possui relação de emprego no município é razoavelmente pequena, quando considerada a totalidade da população residente no município, o que sinaliza para uma flexibilização do que tem sido considerado relação de emprego e relação de trabalho.

A singularidade das relações de trabalho construídas a partir dessa dinâmica da fronteira afasta a possibilidade da mera classificação dessas relações como trabalho informal ou precário, sobretudo porque em muitas delas parecem estar presentes elementos caracterizadores da relação de emprego, conforme dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho. Por essa razão, há necessidade de pesquisas que investiguem o que constituem esse trabalho, procurando reconhecer suas características, como relação de emprego *sui generis* da fronteira.

Assim, problematizar as relações de trabalho construídas a partir das dinâmicas sociais existentes na região de fronteira entre o Brasil e o Paraguai, especificamente entre as cidades de Foz do Iguaçu e Ciudad Del Este, torna-se fundamental para que se compreenda a singularidade entre as relações de trabalho e a cidadania na fronteira.

## **1 TRABALHO E EMPREGO NA FRONTEIRA**

A abordagem das relações entre trabalho e cidadania em um contexto socialmente complexo, como é a região de fronteira, deveu-se em grande parte a partir da observação das relações que são estabelecidas na dinamicidade da vida na fronteira, na qual práticas sociais assumem contornos diferenciados de práticas observadas em outras regiões do país.

Sob esse prisma, passa-se a uma resignificação de valores, em que direitos sociais são sobrepostos, caracterizando relações de trabalho dissociadas daquelas que pretendem ser controladas pelo Estado, por meio das normas de tutela ao trabalho.

Por um lado, estabelece-se o direito ao trabalho como um direito humano, tutelado internacionalmente e também pela norma nacional, já que a própria Constituição Federal de 1988 possui um capítulo específico para a defesa dos direitos sociais que, entre outros, estabelece o trabalho como um desses direitos. Por outro, o que se observa nessa região de fronteira é a constante flexibilização e atualização das relações de emprego, desafiando, dessa forma, as normas nacionais que tutelam as relações de emprego a resignificarem essas relações também enquanto um direito social e, portanto, capazes de contribuir para uma vida com dignidade.

Desse modo, essa dinamicidade da vida em fronteira, além de apontar para diversos intercâmbios, também sinaliza a existência de práticas que, tornadas coletivas, revelam a existência de outras práticas de trabalho que apontam para situações que beiram a invisibilidade de alguns sujeitos



para o próprio Estado. Em trabalho sobre fronteiras esboçadas, fronteiras vivas e fronteiras mortas, Darcy Azambuja (2008, p. 56) destaca que

O que realmente forma a fronteira dos Estados não são as linhas naturais ou artificiais, e sim as zonas que de um lado e de outro as acompanham. Nessas zonas é que se encontra, muitas vezes, a máxima pressão das forças econômicas, políticas, morais e militares dos povos limítrofes, e não servem elas apenas de meio de separação, mas também de interpenetração de culturas, interesses e objetivos diferentes.

Por essa razão, torna-se importante observar a forma como essas relações de trabalho são estabelecidas nesse contexto, bem como seus significados. Além de trabalhos dessa natureza já realizados (CARDIN, 2011; RABOSSI, 2011; ALBUQUERQUE, 2010; SLOMP, 2014), há necessidade de mais pesquisas que investiguem as relações de trabalho na dinâmica transfronteiriça, haja vista a possibilidade de ainda existirem muitos trabalhadores que são caracterizados como aqueles que estão à margem de um sistema de proteção do trabalho. Além disso, a relação dos direitos humanos, da Interculturalidade e do trabalho sempre se apresenta um tema atual, especialmente em situações de fronteiras nacionais.

Nessa região, as pessoas não somente vivem na fronteira, mas constituem essa fronteira e lhe atribuem significado(s), e os Estados nacionais ainda não puderam apresentar uma política capaz de tutelar as dinâmicas advindas desse contexto. Há uma lacuna na concepção desse trabalho enquanto uma realidade socioespacial que tem sido invisibilizada pelo Estado, o que poderia contribuir para uma compreensão dessas relações para além do que tem sido considerado legítimo pelo Estado, nas normas de proteção ao trabalho.

Dessa forma, o que se observa é que o trabalho versus emprego, na fronteira, tem relações ambíguas com a cidadania nacional – no sentido tanto de pertencimento civil quanto do direito ao trabalho e, assim, fica exposto à ausência ou ao esquecimento do direito humano à vida com dignidade no sentido mais universalizável, pois é destituído das garantias sociais.

## **2 RELAÇÕES ENTRE TRABALHO E CIDADANIA**

Para Marx, no Modo de Produção Capitalista, o trabalho é, na verdade, a compra da força de trabalho do trabalhador, essa relação denomina-se emprego: “a utilização da força de trabalho é o próprio trabalho. O comprador da força de trabalho consome-a, fazendo o

vendedor dela trabalhar?”. (MARX, 2002). Essa relação estabelecida entre o trabalhador e o detentor do capital é extremamente complexa.

Nesse sentido, Moura (2007, p. 202-203) destaca que, nesse processo, a força de trabalho passa a ser caracterizada como uma mercadoria que produz valor, e a diferença daquilo que é pago ao trabalhador e o valor que essa mercadoria adquire – ao que se denomina mais-valia – sinaliza para o caráter de conflito que existe dentro desse modelo de produção. Para ela, esse processo de extração da mais-valia, esse excedente do qual se apropria o comprador da força de trabalho, seria um dos responsáveis por muitas outras contradições no âmbito das relações sociais, atingindo até mesmo a modificação das relações de trabalho de forma a coagir os trabalhadores dentro desse processo de produção. O que se observa é que, para Marx é nesse modelo de produção que todos os homens produzem a sua existência.

Na produção social da própria existência os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política a qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina a realidade; ao contrário, é a realidade social que determina a sua consciência. (MARX, 2008, p.47).

Trabalho e existência humana são conceitos que contemporaneamente têm se tornado indissociáveis. O papel que o trabalho tem ocupado na vida do homem não permite mais que sua existência seja pensada sem a realização de uma atividade que lhe complete e seja capaz de inseri-lo nas dinâmicas sociais de um modelo econômico orientado pelo capitalismo. Ao abordar o tema, Anthony Giddens destaca que “O trabalho ocupa papel central na sociedade contemporânea, e o emprego é quase sempre um pré-requisito para uma vida independente” (2005, p. 317). Dessa forma, o trabalho passa a ser caracterizado como elemento fundamental, mas não exclusivo, de inserção do homem nas relações socioeconômicas pelas quais está marcado, estabelecendo, dessa maneira, uma relação direta entre o trabalho e a cidadania.

É nesse sentido que Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 14) define a cidadania como uma espécie de coletividade de direitos que permitem ao homem participar do governo e da vida do seu povo, de forma que, para ele, os que não possuem cidadania não têm acesso a essa participação na vida social e na tomada de decisões.

No entanto, a medida que a noção de cidadania se volta ao próprio homem, considerando esse laço de pertencimento como elemento constitutivo da sua própria natureza, ela extrapola os limites da mera participação na vida política de um Estado e passa a ser marcada também pelo gozo dos direitos sociais, entre eles o trabalho. Dessa forma, Alberta Cortina (2005, p.52 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 376) define como cidadão

aquele que, em uma comunidade política goza, não só de direitos civis (liberdades individuais), nos quais insistem as tradições liberais, não só de direitos políticos (participação política), nos quais insistem os republicanos, mas também de direitos sociais (trabalho, educação, moradia, saúde, benefícios sociais em épocas de particular vulnerabilidade).

Na região da Fronteira Trinacional, o trabalho versus o emprego constitui relações ambíguas com a cidadania e evidencia a necessidade de uma compreensão mais abrangente da própria noção de cidadania, uma noção que seja capaz de apontar para a ideia de um pertencimento para além dos limites de um Estado nacional.

A relação entre os cidadãos e o Estado, em período mais recente da história da humanidade, tem sido pautada pela defesa das garantias individuais e dos direitos fundamentais, tomados como balizadores de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido,

Com a emergência e consolidação do Estado-nação moderno, a conformação jurídica da cidadania nacional formatou praticamente todas as relações entre os indivíduos e o poder político, tornando-se a mais importante referência geradora de pertença e de proteção dos direitos do homem por parte do Estado. A cidadania nacional passou a representar a forma institucional de pertencer à determinada comunidade e o limite de diferenciação em relação aos não nacionais, ou mesmo em relação aos nacionais de segunda classe, como durante muito tempo foram considerados os homens não proprietários e as mulheres, por exemplo. A perspectiva nacionalista da cidadania funciona ideologicamente como demarcadora imaginária entre aqueles que pertencem a uma nação e aqueles que não pertencem, estabelecendo uma

redução das complexidades internas, dos choques culturais, das batalhas territoriais, que precisam ser governadas e agrupadas a uma mesma maneira de pertencer a um só lugar. (LUCAS, 2013, p. 98)

Esse sentimento de pertença a uma determinada comunidade, por meio da cidadania, está diretamente relacionado às atividades ou aos papéis que os cidadãos desempenham em suas comunidades. Por essa razão, o trabalho e a cidadania estão estreitamente relacionados, de forma que o trabalho interfere diretamente na própria forma de se considerar a cidadania. A relação entre o trabalho e a cidadania é tão próxima que até pouco tempo a carteira de trabalho era considerada uma certidão de nascimento e simbolizava o exercício da cidadania de um indivíduo: “o instrumento jurídico comprovante do contrato entre o Estado e a cidadania regulada é a carteira profissional que se torna, em realidade, mais do que uma evidência trabalhista, uma certidão de nascimento cívico”. (SANTOS, 1979, p. 76 *apud* KERBAUY, 1980, p. 167). Até hoje, o trabalho não se desvincula de um conteúdo moral na vida das pessoas.

Na fronteira, as relações de trabalho versus emprego, associadas à cidadania nacional e à sobreposição do direito humano ao trabalho, são bastante sutis e singulares, de forma que os trabalhadores brasileiros têm emprego no Paraguai, como vendedores, por exemplo, e os trabalhadores paraguaios têm emprego no Brasil, as empregadas domésticas, por exemplo.

A partir dessa perspectiva, o direito humano ao trabalho vincula-se diretamente ao princípio da igualdade, o que permite inferir que não será possível que determinados grupos de trabalhadores – os trabalhadores transfronteiriços, por exemplo – não sejam reconhecidos como titulares desse direito. Qualquer forma de discriminação precisa ser fundamentada, é necessário que o tratamento desigual guarde as devidas proporções, de maneira que o tratamento discriminatório seja direcionado à equiparação de direitos. Em razão de a lei tratar a todos da mesma maneira, surge a necessidade de tutela àqueles que são desiguais, haja vista não estarem em condições de receberem o mesmo tratamento dispensado aos demais. Assim,

[...] o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas (...), sua função precípua reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. (MELLO, 2015, p. 9-10).

O problema que se coloca reside na necessidade de conceder aos trabalhadores transfronteiriços tratamento isonômico que considere a situação de desigualdade na qual estão inseridos, o que aponta para a importância do reconhecimento que

[...] a forma como o trabalho tem sido explorado, sempre com prioridade ao estabelecimento de interesses mercantis, tem-se tornado em um processo penoso para o ser humano, cujo exercício tem sido carregado de violações de direitos, precarização das relações trabalhistas e desvalorização da pessoa humana trabalhadora. (RODRIGUEZ, 2007, p. 180).

As situações de violência ao trabalhador, inclusive por meio do cerceamento do exercício dos seus direitos – além da sua desvalorização enquanto trabalhador e do dano à sua dignidade – revelam a necessidade de compreender o direito ao trabalho a partir do envolvimento de todos os homens, e no caso da região de fronteira, a partir do envolvimento dos Estados que a compõem. Assim, entende-se que

numa sociedade em que proliferam problemas de ordem global, os quais extrapolam os limites territoriais do Estado-Nação e afetam o homem independentemente de seus vínculos de pertença, qualquer alternativa que fomente o isolamento e o isolamento entre as culturas e entre as nações impedirá a formação de diálogos tão necessários à constituição de uma política comum de responsabilidades e, também, dificultará a definição de uma agenda de reciprocidade que respeite a universalidade dos direitos humanos como decorrência da humanidade de que compartilham os homens como tais. (LUCAS, 2013, p.21).

Pesquisas desenvolvidas na região têm abordado a atividade do trabalhador transfronteiriço como um problema que não está restrito aos vínculos jurídicos desses cidadãos.

Em trabalho realizado a respeito da Fronteira Trinacional, Luiz Eduardo Catta (2011) relata que essa região de fronteira é resultado de um processo demorado de ocupação que, diferente de outros lugares da América, inicialmente, não contou com interesses governamentais. Em 1889 foi fundada a colônia militar na fronteira, que se tornou o marco do início da ocupação “efetiva” do lugar por brasileiros e do que viria a ser o município de Foz do Iguaçu. Entretanto, somente em 1965, com a inauguração da Ponte Internacional da Amizade (Brasil – Paraguai) e a inauguração da BR-277, em 1969, ligando Foz do Iguaçu a Curitiba e ao

litoral, Foz do Iguaçu teve seu desenvolvimento acelerado, intensificando seu comércio, principalmente com a cidade paraguaia de Ciudad Del Este.

Além disso, o que efetivamente causou fortes impactos em toda a região, aumentando significativamente o contingente populacional de Foz do Iguaçu, foi a construção da Hidrelétrica de Itaipu (Brasil – Paraguai), iniciada na década de 1970. Esses são alguns dos principais fatores responsáveis pela explosão demográfica da cidade fazendo a população que em 1970 era de pouco mais de 33.000 habitantes atingir 137.000 habitantes em 1980. Catta destaca ainda que nesse cenário, agravado pelos efeitos de uma crise econômica nacional,

o comércio da fronteira, formal e informal se responsabilizava pela manutenção e sobrevivência de milhares de famílias que a ele se dedicavam como o último recurso frente à escassez de vagas num mercado em constante retração. Era no comércio com o Paraguai e com a Argentina, mais precisamente aquele que envolvia as cidades da tríplice fronteira que a população pobre, e mesmo a classe média sem emprego, buscava ocupação em trabalhos informais para poder pagar as contas, o aluguel e sustentar as pessoas da casa (*Idem*, p. 103).

Não obstante o referido trabalho referir-se a um momento histórico específico, essa realidade persiste e caracteriza a própria fronteira como um fenômeno social, plural e dinâmico (ALBUQUERQUE, 2010). Mais recentemente, Slomp (2014) investiga a aplicabilidade das normas protetivas ao trabalhador migrante fronteiriço, bem como a legislação que tutela esses trabalhadores dos países de fronteira, notadamente a legislação protetiva do Brasil e do Paraguai.

A pesquisadora evidencia que, apesar de o direito do trabalho brasileiro e paraguaio possuírem legislação trabalhista benéfica ao trabalhador fronteiriço, a efetivação dos direitos desses trabalhadores ainda é um desafio e depende do Poder Público. Para Slomp (2014), “é nítida a prática da exploração ao trabalhador migrante transfronteiriço, o que avilta sua dignidade e se revela inadmissível frente a todo o arcabouço normativo de proteção internacional dos direitos humanos” (*Idem*, p. 191).

Desse modo, os trabalhos já realizados na região evidenciam que há um distanciamento entre o que os ordenamentos jurídicos dos países que compõem a fronteira determinam em matéria de garantia e defesa aos

trabalhadores transfronteiriços e a realidade fática que constitui a própria região de fronteira.

### **3 PONDERAÇÕES SOBRE UMA SOLUÇÃO SOCIOJURÍDICA**

Em que pesem os inúmeros atributos caracterizadores e qualificadores da vida em região de fronteira, notadamente capazes de transformá-la não apenas em um lugar no qual limites territoriais são estabelecidos, mas em uma construção sociocultural na qual diversidades e multiculturalidades dialogam e assumem contornos capazes de aproximar as pessoas que nessa região atribuem significados às suas vidas, há ainda elementos definidores dessa integração regional que precisam ser melhor compreendidos, como as relações de trabalho e emprego exercidas pelos trabalhadores transfronteiriços, por exemplo.

A própria região de fronteira, bem como os agentes envolvidos nessas relações, sinaliza para a complexidade de abordagens que pretendam tutelar esse conjunto de atividades laborais, nas quais os trabalhadores que são notadamente transfronteiriços estão envolvidos. Uma das principais dificuldades reside no próprio elemento territorial, ou seja, se por um lado a região transfronteiriça permite a integração e o fluxo de trabalhadores, por outro, as normas de proteção ao trabalho têm sido pensadas e aplicadas no âmbito do direito nacional, que ainda não foi capaz de pensar a especificidade das relações laborais exercidas nessa região.

Notadamente, há iniciativas que têm tentado oferecer uma resposta sociojurídica à vida em fronteira ou, ao menos, à livre circulação de pessoas. Essa é, por exemplo, a iniciativa materializada por meio do Tratado de Assunção que, em 26 de março de 1991, estabelece a criação do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

Em sua composição originária, constavam o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai, que juntos consideraram a necessidade de estabelecer um Mercado Comum, no qual “a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente”. (MERCOSUL, 1991).

Apesar de o espírito de integração da América Latina ser a pedra de toque do Tratado de Assunção, notadamente, observa-se que se tratou, inicialmente, muito mais do estabelecimento de uma aliança comercial entre os Estados componentes do que de uma integração latino-americana

mais ampla e efetiva. Assim, preservados o interesse e a relevância do Tratado de Assunção, o MERCOSUL nasce com objetivos comerciais definidos e pautados em um modelo de aliança comercial.

Nesse sentido, em 17 de dezembro de 1994, na cidade de Ouro Preto, são estabelecidas as bases institucionais do MERCOSUL, por meio da assinatura do Protocolo de Ouro Preto. Tratou-se de uma oportunidade de os Estados reafirmarem os objetivos estampados no Tratado de Assunção, principalmente ao definir sua personalidade jurídica de direito internacional e de ratificarem as ações desse Mercado como um esforço conjunto para o aperfeiçoamento aduaneiro de seus países.

Posteriormente, seus Estados membros passaram a enfrentar outros temas relacionados à integração latino-americana, entre eles as atividades laborais dos cidadãos nos países do MERCOSUL. É assim que em 1998, durante a 15ª reunião do Conselho do Mercado Comum, órgão superior composto pelos ministros de relações exteriores e de economias dos Estados Membros, é assinada a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, revisada em 17 de julho de 2015.

A Declaração Sociolaboral do MERCOSUL abordou problemas caros a todos os países da América Latina, sobretudo ao reconhecer a necessidade de os Estados Membros comprometerem-se a adotar medidas protetivas aos seus trabalhadores. Assim, “reconhecem que a concretização da justiça social requer indubitavelmente políticas que priorizem o emprego como centro do desenvolvimento e do trabalho de qualidade”. (MERCOSUL, 1998).

Notadamente, a Declaração apresenta os anseios dos Estados em promoverem relações de trabalho que possam promover o desenvolvimento econômico aliado à justiça social. No entanto, a própria complexidade dessa relação sinaliza para a caracterização da Declaração como um documento permeado por grandes objetivos, mas, com pouca força normativa, sobretudo ao atribuir a cada um dos Estados o compromisso de assegurar a concretização dos objetivos nela estampados.

A esse respeito, merece destaque o artigo 7º da Declaração ao direcionar ações voltadas aos trabalhadores migrantes e fronteiriços, estabelecendo que

Os Estados Partes comprometem-se a adotar e articular medidas tendentes ao estabelecimento de normas e procedimentos comuns, relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas de fronteira e a levar a cabo as ações necessárias para melhorar as oportunidades de emprego



e as condições de trabalho e de vida desses trabalhadores, nos termos dos acordos específicos para essa população, tendo como base os direitos reconhecidos nos acordos de residência e imigração vigentes.

Como é possível observar, entre os compromissos assumidos pelos Estados Partes está o de tratar o trabalhador transfronteiriço como titular de direitos, principalmente daqueles direitos já reconhecidos em matéria de migração. Destaca-se ainda, a necessidade de que ações voltadas à melhoria das condições de vida e de trabalho dos obreiros transfronteiriços sejam implementadas.

Um dos principais méritos da Declaração Sociolaboral do Mercosul, reside justamente no reconhecimento da situação peculiar na qual o trabalhador transfronteiriço está envolvido, sobretudo por que não se trata de considerá-lo simplesmente como migrante, mas, conforme dissemos acima, cidadão da fronteira que, nesse espaço territorial, desenvolve suas atividades laborais, muitas vezes extrapolando os limites de um Estado. Além desse reconhecimento, assumiu-se o compromisso de

Desenvolver ações coordenadas no campo da legislação, das políticas laborais, das instituições migratórias e em outras áreas afins, com vistas a promover a livre circulação dos trabalhadores e a integração dos mercados de trabalho, de forma compatível e harmônica com o processo de integração regional.

É necessário que a integração dos mercados de trabalho também seja pensada com a integração regional, de forma a considerar os trabalhadores transfronteiriços no processo de integração.

Se por um lado o MERCOSUL reconheceu a necessidade de inclusão dos trabalhadores transfronteiriços nas políticas de inclusão, por outro, a própria compreensão da especificidade da condição de transfronteiriço tem se apresentado como um dos obstáculos a essa inclusão.

Tome-se por exemplo, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que, ao definir a situação jurídica de estrangeiros no país, determina que aqueles que residirem em países limítrofes poderão ter sua entrada autorizada nos municípios fronteiriços, desde que apresentem prova de identidade. Além disso, estabelece-se que caso o estrangeiro

Pretenda exercer atividade remunerada ou frequentar estabelecimento de ensino naqueles municípios, será fornecido documento especial que o identifique e caracterize

a sua condição, e, ainda, Carteira de Trabalho e Previdência Social, quando for o caso. (BRASIL, 1980)

Em seguida, o parágrafo segundo do mesmo artigo esclarece que a apresentação desses documentos não é capaz de conferir o direito de residência a esses estrangeiros no Brasil e tampouco autorizam seu afastamento dos limites territoriais dos municípios fronteiriços.

Apesar de não o fazer de maneira expressa, de certa forma, é possível observar que o referido instrumento normativo reconhece ou ao menos sinaliza para o reconhecimento da particularidade do trabalhador transfronteiriço ao “facilitar” sua entrada em território nacional para o exercício de atividade remunerada.

O reconhecimento da condição de fronteiriço é importante, por que quando se analisa as dinâmicas da fronteira entre o Brasil e o Paraguai, o que se observa é a constante e diária movimentação de trabalhadores que cruzam esses limites para o desempenho de atividades remuneradas, mas que, no entanto, não podem ser considerados imigrantes, haja vista não estar presente o interesse em se estabelecer definitivamente no Brasil, no caso dos trabalhadores paraguaios e tampouco de se estabelecer no Paraguai, no caso dos trabalhadores brasileiros.

Nesse mesmo sentido, a Convenção Internacional de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1990, esclareceu detalhadamente, ainda que apenas para os fins da Convenção, os pontos nos quais se assentam as diferenças entre o trabalhador fronteiriço e o trabalhador migrante. Assim, o trabalhador fronteiriço é definido como um trabalhador que “conserva a sua residência habitual num Estado vizinho ao qual ele normalmente regressa todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana”. Por outro lado, o trabalhador migrante é definido como “uma pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada em um Estado do qual ele não é um cidadão”.

Como é possível notar, a iniciativa da Organização das Nações Unidas evidenciou a necessidade de os Estados reconhecerem que em seus limites territoriais há mais de uma forma de considerar o trabalhador, ao que se requer, evidentemente, mais de uma forma de tratá-lo, por que, como se verificou, ainda que entre o trabalhador fronteiriço e o migrante possam haver pontos de convergência, suas necessidades e

características são diferentes, sobretudo àquelas relacionadas à sua permanência no Estado nacional.

Outro ponto de destaque na legislação internacional a respeito do trabalhador imigrante e fronteiriço é encontrado na Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho, no Brasil promulgada por meio do Decreto 58.819, de 14 de julho de 1996. Em linhas gerais, a Convenção destina-se aos trabalhadores migrantes, e os define como “toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante”. Além disso, expressamente a Convenção também determina sua aplicação aos trabalhadores fronteiriços.

Entre os aspectos fortes da Convenção está o de determinar aos Membros da Convenção a dispensar tratamento a essa categoria de trabalhadores, a partir dos mesmos parâmetros aos quais os trabalhadores nacionais estão submetidos, ou seja, trata-se da necessidade de tratamento isonômico entre os trabalhadores nacionais e os trabalhadores migrantes, incluídos nesse grupo os trabalhadores fronteiriços.

A previsão da necessidade de se considerar os trabalhadores fronteiriços e migrantes em políticas de proteção ao trabalho sinaliza para uma mudança na forma pela qual essa categoria de trabalhadores tem sido considerada, ao que significa aproximá-los, com igualdade, dos demais trabalhadores:

Presumir a igualdade perante a ordem jurídica e efetivá-la no plano concreto, por meio da garantia de direitos e proteção ao trabalho prestado pelo imigrante, é a única forma de assegurar-lhe uma existência condizente com a sua essencialidade de pessoa humana, que ultrapassa a sua contingente condição de migrante. (NICOLI, 2011, p.51)

Apesar dos avanços mencionados nas referidas normas, há elementos que ainda precisam ser superados para que o trabalhador fronteiriço possa, de fato, ser considerado um trabalhador com direitos e garantias tutelados pelo Estado no qual presta atividade remunerada. Trata-se de incluir afirmativamente esses trabalhadores para além daquilo que os documentos têm reconhecido, sobretudo por que nessa região de fronteira ainda persistem muitos limites ao exercício desses direitos, tome-se as dificuldades para emissão de documentos fronteiriços, em ambos os países que a compõem, por exemplo. É preciso reconhecer que essa inclusão

também se pauta em uma efetivação de justiça social, à medida que as práticas de uma sociedade devem estar pautadas também na efetividade dos direitos fundamentais, que rejeitam estruturas de exclusão social. A esse respeito, tem-se que

a justiça social é indissociável da ideia de solidariedade e ao princípio da solidariedade, na medida em que a solidariedade cria um vínculo mútuo entre o Estado, os detentores de riquezas e as pessoas ou grupos beneficiários da redistribuição dos bens sociais. Os direitos fundamentais, enquanto pautas que norteiam a atividade social, estão atrelados à justiça social, de um lado, vedando e inibindo a exclusão social e, de outro lado, estimulando e contribuindo para a inclusão social. (REMEDIO, 2016, p. 262).

A concessão de acesso aos direitos trabalhistas, de maneira a tratar isonomicamente os trabalhadores fronteiriços, por meio da criação de instrumentos facilitadores capazes de considerá-los efetivamente destinatários das políticas que tutelam os trabalhadores nacionais, contribuiriam para que esses trabalhadores fossem reconhecidos como cidadãos da fronteira, ou seja, titulares de direitos para além das fronteiras de um único Estado. Assim,

a participação ativa do cidadão na comunidade garante-lhe a proteção estatal. No entanto, atualmente, o homem preocupa-se em como seus direitos individuais, sociais e políticos serão respeitados quando fora da nação, à qual se vincula sua cidadania. Nesse sentido, tem-se que os direitos fundamentais da pessoa humana (direitos humanos) são dirigidos a todas as pessoas, independentemente de onde se encontrem, bem como devem proteger a dignidade da pessoa humana em todos os sentidos, uma vez que são caracterizados por serem inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indivisíveis e universais, e devem ser respeitados. (STURZA, 2016, p. 278)

Por essa razão, é necessário que a forma pela qual as relações de trabalho e emprego dos trabalhadores fronteiriços ocorre seja repensada de maneira que seus direitos fundamentais possam ser efetivados. Nesse sentido, torna-se imperiosa a atuação das forças de fiscalização e do sistema judiciário nacionais, de forma a coibir práticas excludentes de direitos fundamentais nas relações de trabalho desse grupo de trabalhadores que cruzam a fronteira para o exercício de atividade remunerada, o que também coadunaria com os princípios de inclusão, integração e solidariedade estampados nas relações dos países que integram o MERCOSUL.

O que se verifica é que há necessidade de uma nova compreensão a respeito da tutela que esses Estados-nações dispensam aos cidadãos da fronteira, afastando-se, dessa maneira, da já histórica dicotomia entre real e ideal, de forma a compreender a forma pela qual as políticas ou as ações dos Estados podem ser articuladas às dinâmicas sociais da fronteira, sobretudo às singulares relações de trabalho e emprego que diariamente significam e ressignificam essa região, o que poderia retirar essas relações da invisibilidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A centralidade e a influência que o trabalho exerce na vida das pessoas, tornam a atividade trabalhista um elemento diretamente relacionado à cidadania dos trabalhadores, à medida que os insere em uma realidade socioespacial limitada geográfica e juridicamente, denominada Estado Nacional.

Nesse sentido, tornou-se possível observar que o não reconhecimento de atividades laborais que são realizadas nessa região, contribuem para uma espécie de invisibilidade do trabalho realizado e, em certa medida, também dos trabalhadores que as realizam.

Constata-se que essa invisibilidade não decorre necessariamente de lacuna legislativa, sobretudo por que, ainda que de maneira diversa e guardadas as devidas particularidades, o MERCOSUL, a Organização Internacional do Trabalho e também a Organização das Nações Unidas reconheceram a necessidade de tutelar os trabalhadores fronteiriços.

Apesar disso, um dos grandes obstáculos ao exercício de atividades laborais desses trabalhadores em região de fronteira é a ausência de unificação dessas normas pelos Estados que compõem essa região. O que poderia decorrer a partir da efetiva incorporação e aplicação de normas supranacionais aos ordenamentos jurídicos dos Estados. Dessa realidade fática, especificamente em relação ao MERCOSUL, constata-se a necessidade de um órgão supranacional ao qual esse grupo de trabalhadores pudesse recorrer, o que contribuiria para a implantação e fiscalização de uma política de trabalho fronteiriço no âmbito dos Estados que integram o MERCOSUL.

Assim, o que se verifica é que um único sistema jurídico, seja o paraguaio ou o brasileiro, por si só não terá condições de

assegurar aos trabalhadores fronteiriços uma parcela importante de seus direitos fundamentais.

Para além disso, constatou-se que a estreita relação entre o trabalho e a cidadania assume contornos diferenciados em regiões de fronteira, concebida enquanto espaço uno, mas, também, diverso e multifacetado, no qual culturas e “direitos” se cruzam. Nessa região, há relações jurídicas que têm sido inviabilizadas pelo Estado, como as relações de trabalho e as relações de emprego, desenvolvidas pelos trabalhadores da região, e que não são capazes de inseri-los nas das dinâmicas de cidadania de cada um dos países que compõem essa fronteira, torna-se necessária a problematização dessa realidade socioespacial, a fim de que também esses trabalhadores sejam reconhecidos como cidadãos da fronteira.

O não reconhecimento dessas relações constitutivas da vida em fronteira conduz a dois problemas, se por um lado não se reconhecem as relações trabalhistas desenvolvidas por brasileiros no Paraguai e pelos paraguaios no Brasil, tampouco torna-se possível sua consideração como cidadãos nacionais, sob o ponto de vista da centralidade do trabalho nas sociedades contemporâneas.

Por fim, para além do reconhecimento das relações que brasileiros desenvolvem no Paraguai e das atividades que paraguaios desenvolvem no Brasil, também é necessário o reconhecimento dessa relação que o trabalho mantém com a cidadania e que é definidora das dinâmicas sociais dessa região, para que de fato sejam possíveis avanços em uma integração econômica, mas também cultural da América-Latina.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Lindomar C. **As dinâmicas das Fronteiras: Os Brasiguaios entre o Brasil e o Paraguai**. São Paulo: Annablume, 2010.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

BRASIL. **Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Brasil**. Disponível em: <[http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged\\_perfil\\_municipio/index.php](http://bi.mte.gov.br/bgcaged/caged_perfil_municipio/index.php)>. Acesso em 15 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 58.819, de 14 de julho de 1996. **Promulga a Convenção n. 97 sobre os Trabalhadores Migrantes**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58819.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58819.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Relatório Cidades**. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=410830>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815compilado.htm). Acesso em: 15 fev. 2017.

CARDIN, Eric Gustavo. **Ação Racional e Cotidiano: notas para o estudo dos trabalhadores da Tríplice Fronteira**. In: SANTOS, Maria Helena Pires; SANTOS, Regina Coeli Machado, (orgs.). Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira. Cascavel: EDUNIOESTE, 2011, p.121-139.

CATTA, Luiz Eduardo Pena. **Pobreza e marginalidade na tríplice fronteira**. In: MACHADO SANTOS, R. C.; PIRES SANTOS, M. E. (Orgs.) Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira. Cascavel: EDUNIOESTE, 2011, p. 91-120.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

KARL, Marx. **Contribuição a crítica da economia política**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Capital: Crítica da economia política. Livro Primeiro: O Processo de Produção do Capital**. 19 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KERBAUY, Maria Teresa Micheli. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira.** (Resenha). São Paulo: Perspectivas, 1980, p. 165-168. Disponível em: <<http://unesp.academia.edu>>. Acesso em 15 ago. 2016.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença.** 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

MACHADO e SILVA, Regina Coeli. **Fronteiras Nacionais e Configurações Socioculturais.** In: SANTOS, Maria Helena Pires; SANTOS, Regina Coeli Machado (orgs.). Interdisciplinaridade e Fronteiras: movimentos, identidades e configurações. Cascavel: EDUNIOESTE, 2012, p. 13-29.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 9-10.

MERCOSUL. **DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL.** Rio de Janeiro, RJ, 10 dez. 1998. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a\\_pdf/dec\\_sociolaboral\\_mercosul.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf). Acesso em 09 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Assunção.** Institui o Mercado Comum do Sul. Assunção, Paraguai, 26, mar. 1991. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/>. Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de Ouro Preto.** Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção Sobre a Estrutura Institucional do Mercosul. Ouro Preto, MG, 17, dez. 1994. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

MOURA e SILVA, Luisa Maria Nunes. **Para uma Sociologia do Direito do Trabalho.** In: DARCANCHY, Mara Vidigal (org.). Responsabilidade Social nas Relações Laborais. São Paulo: LTR, 2007. p. 191-208.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro.** São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria Bosch Aguiar de. **Mulheres e Trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero: o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.



ONU. **Convenção Internacional de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, 18 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/917816.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

RABOSSI, Fernando. Conflito sobre Ruedas: **Trabajando Sobre EL Puente de La Amistad**. In: SANTOS, Maria Helena Pires; SANTOS, Regina Coeli Machado, (orgs.). Cenários em perspectiva: diversidades na tríplice fronteira. Cascavel: EDUNIOESTE, 2011, p.141-165.

REMEDIO, José Antonio. **Os Direitos de Solidariedade, o Princípio da Solidariedade, a Solidariedade Social e a Filantropia como Instrumentos de Inclusão Social**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 24, p. 251-280, jul. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/696>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

RODRIGUEZ, Maria Helena (org.) **Relatorias Nacionais em Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais**. Rio de Janeiro: Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, 2007.

SLOMP. Angélica Cândido Nogara. **A Tutela Juslaboral do Migrante Transfronteiriço sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. 2014. 215p. Dissertação. Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

STURZA, Janaína Machado; MACIEL, Renata. **Democracia, Cidadania e Direitos Humanos: a Conjuntura Atual do Estado Democrático de Direitos**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642>>. Acesso em: 14 fev. 2017.



# ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E A AMPLIAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL DE CONSENSO EM PORTUGAL

## AGREEMENTS ON THE SENTENCE AND THE EXTENSION OF CRIMINAL JUSTICE IN PORTUGAL

Vinícius Wildner Zambiasi\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Consenso em processo penal: a ineficácia da legalidade processual e o surgimento da oportunidade. 2 A consensualização nos modelos europeu continental e anglo-saxão. 2.1 O modelo alemão. 2.2 O modelo anglo-saxão. 3 Acordos sobre a sentença: a proposta de Figueiredo Dias. 4 Aplicação dos acordos sobre a sentença em Portugal. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo estudar o instituto denominado “acordos sobre a sentença”, proposta trazida para Portugal por Figueiredo Dias, e que visa apresentar um novo mecanismo de diversão e consenso no processo penal português, com o propósito de maximizar a celeridade e eficiência processual através da maior participação dos sujeitos processuais e da valorização da confissão do arguido, inclusive quanto aos crimes mais graves, como medida alternativa na busca por soluções ao enfrentamento da crise na Justiça Penal de Portugal. Ainda, será analisada a decisão emitida pelo STJ, a fim de verificar por quais motivos tal prática não foi aceita no cotidiano forense português.

**Palavras-chave:** Acordos sobre a sentença. Consenso. Portugal. Processo Penal.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to study the institute called “agreement on the sentence”, proposal elaborated by Figueiredo Dias, aimed at presenting a new mechanism for consensualisation of criminal proceedings in Portugal, with the purpose of maximizing speed and procedural efficiency through the greater participation of the procedural subjects and the appreciation of the defendant's confession, including the most serious crimes, as an alternative measure in the search for solutions to face the crisis in the criminal justice of Portugal. Also, the decision issued by STJ will be analyzed, in order to verify for what reasons this practice was not accepted in the Portuguese daily forensic.*

**Keywords:** *Agreement on the sentence. Consensus. Portugal. Criminal proceedings.*

## INTRODUÇÃO

Os “acordos sobre a sentença” consistem em uma proposta trazida para Portugal por Figueiredo Dias, inspirada na prática alemã dos “acordos informais”, como forma de driblar a crise enfrentada na justiça penal portuguesa, apresentando uma maneira mais célere e eficaz de resolução do conflito, a partir da valorização da participação dos sujeitos processuais e da confissão do arguido.

O presente estudo é desenvolvido com o objetivo de auxiliar na compreensão da proposta supracitada, apontando suas características

---

\* Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

e eventuais conflitos de finalidades do processo penal que surgem com a sua aplicabilidade. Para tanto, imperioso traçar um breve paralelo entre a justiça negociada do modelo anglo-saxão e o modelo europeu continental, indicando ao final a posição adotada pela doutrina e pelos principais órgãos jurisprudenciais portugueses em relação à prática, dando especial atenção à decisão tomada pelo STJ ainda no ano de 2013, que a partir de três argumentos basilares, refutou a hipótese de aplicação deste mecanismo em solo português.

## **1 CONSENSO EM PROCESSO PENAL: A INEFICÁCIA DA LEGALIDADE PROCESSUAL E O SURGIMENTO DA OPORTUNIDADE**

O Ministério Público, órgão acusador em sede processual penal, é o responsável por representar o Estado e defender os interesses dispostos em lei, devendo exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade e em defesa à legalidade democrática, de acordo com o artigo 219.º, n.º 1, da CRP<sup>1</sup>.

Com isso, compreende-se que o direito processual penal europeu continental, ora vigente em Portugal, é pautado pelo princípio da legalidade, resultando na imposição do dever compulsório de atividade ao Ministério Público, a fim de evitar arbitrariedades e imparcialidades na promoção do processo penal, bem como garantir a igualdade na administração da justiça<sup>2</sup>. Como consequência, via de regra, não é possível orientar a ação penal por preceitos discricionários e de oportunidade.

Maria João Antunes ensina que o supracitado princípio da legalidade direciona a obrigação do Ministério Público em “promover o processo sempre que adquirir a notícia do crime e a deduzir acusação sempre que recolher indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente” (ANTUNES, 2016, p. 65). Contudo, atente-se que esta disposição

---

<sup>1</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, de 2 de abril de 1976. Artigo 219, n.º 1 “Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”. Disponível em: <<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art219>>>. Acesso em 20.01.2017.

<sup>2</sup> Idem. Artigo 13.º.

não se confunde com o princípio da legalidade do processo<sup>3</sup>, o qual versa sobre a necessidade de que quaisquer penas e medidas de segurança que eventualmente forem aplicadas, estejam em conformidade com o CPP.

Ainda, importante destacar que este poder-dever inerente ao Ministério Público, balizador da sua atuação na promoção do processo penal, também não se confunde com a possibilidade de que após encerrada a instrução probatória, possa pugnar pela absolvição do arguido quando verificar que o conjunto probatório é insuficiente para embasar o juízo de condenação.

Tecidas as prévias delimitações, ressalta-se que diante da lentidão do sistema judiciário português e do rompimento com a perspectiva de se alcançar uma “justiça absoluta”, a partir do Código Processual Penal de 1987, o princípio da oportunidade ganhou espaço no ordenamento jurídico português, por meio de medidas de consenso em processo penal que apresentam soluções alternativas à resolução dos crimes levados ao sistema penal, em especial os de pequena e média lesividade (SANTOS, 2015, p. 151-152).

Neste sentido, é possível concluir que o princípio da oportunidade, ao passo que enfraquece o princípio da legalidade, representa um significativo ganho de celeridade na tramitação dos processos judiciais, com o conseqüente desafogo do Poder Judiciário. Dito de outra forma: embora o princípio da legalidade ainda seja a regra geral do processo penal português, este vem sendo gradativamente mitigado pela adoção de soluções de consenso embasadas no princípio da oportunidade, as quais simbolizam uma medida de política criminal que abreviam a duração do processo penal, bem como garantem que a paz social seja restabelecida de modo mais célere e eficaz.

Além de ser uma prática onde o consenso se sobressai muito mais do que a oportunidade propriamente dita (SANTOS, 2015, p. 149-150), os acordos sobre a sentença representam um mecanismo relativamente revolucionário ao processo penal português. Isto porque além de suas intrínsecas características de valorização do diálogo entre os sujeitos processuais, da celeridade ao trâmite processual e da preservação da efetividade do provimento jurisdicional, o modelo em questão, ao contrário

---

<sup>3</sup> CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, de 17 de fevereiro de 1987. Artigo 2º “A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código”. Disponível em: <<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=&nversao=#artigo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo)>>. Acesso em 20.01.2017.

dos demais procedimentos de diversão processual existentes, não tem como objetivo final evitar a aplicação de uma pena de prisão.

Tecidas as primeiras diretrizes da proposta, na sequência iremos realizar um melhor enquadramento dos acordos sobre a sentença dentro do modelo europeu continental de administração de justiça penal.

## **2 A CONSENSUALIZAÇÃO NOS MODELOS EUROPEU CONTINENTAL E ANGLO-SAXÃO**

Embasado nos princípios da tutela judicial efetiva, celeridade e lealdade processual, os acordos sobre a sentença representam um mecanismo de diversão processual apresentado por Figueiredo Dias através da obra “Acordos sobre a sentença em processo penal – o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio?””, publicada no ano de 2011, que visa, nas palavras do próprio autor, “fomentar o desenvolvimento do processo, simplificando consensualmente o alcance da verdade e a realização da justiça” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 50).

A proposta apresenta um método inovador ao sistema processual penal português, uma vez que visa alargar as hipóteses de consensualização e abreviação do tempo de duração do processo, a partir da aproximação dos sujeitos processuais, valorizando sua participação e diálogo, de modo que juntos possam alcançar uma resolução mais célere e eficaz à situação problemática submetida à Justiça Penal.

Os mecanismos de abreviação do processo penal representam ferramentas alternativas bastante difundidas em diversos ordenamentos jurídicos, e que em Portugal, especialmente a partir do CPP de 1987, passaram a ganhar cada vez mais espaço<sup>4</sup> (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 21), de modo que refletem a preferência do legislador em apresentar métodos não punitivos (ou privativos da liberdade) na administração da justiça penal de crimes de pequena ou média lesividade, como tentativa de ultrapassar a crise enfrentada no sistema judiciário.

Primeiramente, insta salientar que a supracitada crise assola diversos outros países do globo, pois está intimamente ligada à hipertrofia do sistema penal, decorrente do Estado Social. Neste sentido, pode-se verificar dois pontos basilares do problema: a inflação legislativa do

---

<sup>4</sup> A título de curiosidade, os principais mecanismos de diversão processual existentes em Portugal são o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280.º, CPP), a suspensão provisória do processo (art. 281.º, CPP), os processos sumário e sumaríssimo (art. 381.º e ss. e art. 392 e ss., CPP) e a mediação penal (Lei n.º 21/2007).

direito penal material e o “congestionamento processual”, traduzido na morosidade do sistema e na conseqüente resposta deficitária emanada. Como conseqüências disso, observa-se respectivamente a superlotação carcerária<sup>5</sup> e o enfraquecimento das funções preventivas da pena, resultado do alargado prazo existente entre crime e sanção (FERNANDES, 2001, p. 96).

Diante do contexto exposto, encontraram-se duas soluções distintas: uma de ordem material, e de natureza processual. Primeiramente, entende-se que deve haver a descriminalização das condutas menos graves, garantindo a intervenção mínima e em *ultima ratio* do direito penal, apenas quando violados os bens jurídicos mais importantes (FERNANDES, 2001, p. 105-115), ao passo que são excluídos da sua margem de apreciação aquelas situações que em tese são menos graves e que podem ser resolvidas através de outros âmbitos do direito, como o administrativo sancionador, por exemplo.

Além disso, preza-se também pela desburocratização do processo penal, através da relativização do princípio da legalidade e da adoção de técnicas de consenso (FERNANDES, 2001, p. 115-116). Salienta-se que a proposta dos acordos sobre a sentença está localizada nesta segunda categoria de soluções.

Neste contexto, ao compreender a importância da (re)solução dos conflitos jurídico-penais através de respostas mais eficazes como modo de pacificação social, Figueiredo Dias critica a insuficiência dos procedimentos especiais e abreviados existentes no modelo atual, advogando que todo o processo penal deve ser permeado horizontalmente por medidas de natureza consensual (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 16). Dito isso, é possível verificar uma segunda inovação na proposta dos acordos sobre a sentença: a possibilidade de um mecanismo de diversão processual que também é aplicável à criminalidade mais grave.

Antes de adentrar especificamente no cerne do tema, importante tecer alguns prévios comentários sobre dois pontos comumente relacionados aos acordos sobre a sentença: o modelo alemão de acordos, que em muito se assemelha à proposta portuguesa já que serviu de inspiração ao autor, e a justiça anglo-saxã, embasada em práticas puramente negociais, e

<sup>5</sup> DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS. Estatísticas prisionais do 3º trimestre de 2016. Disponível em: <<[www.dgsp.mj.pt/#!/backoffice/Documentos/DocumentosSite/Estatisticas\\_e\\_Relatorios/trimstrs/3\\_trim-2016.pdf](http://www.dgsp.mj.pt/#!/backoffice/Documentos/DocumentosSite/Estatisticas_e_Relatorios/trimstrs/3_trim-2016.pdf)>>. Acesso em 20.01.2017. Dados colhidos de sistemas oficiais demonstram que os estabelecimentos prisionais portugueses apresentam taxas de ocupação acima da capacidade suportada. Mais especificamente, este número atinge a monta de 106,2% nos de complexidade elevada, e de 123,2% nos de complexidade média.

que como veremos na sequência, é equivocadamente comparada com a ideia de Figueiredo Dias.

## 2.1 O modelo alemão

O *Absprachen* ou *Vergleiches* é uma prática adotada no cotidiano processual penal alemão desde o final da década de 70 que ocasiona na limitação do princípio da legalidade por meio da celebração de um acordo informal entre as partes (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 53).

Como nota introdutória, importante referir que a diferença terminológica supracitada é decorrente das dúbias opiniões doutrinárias sobre o assunto: o termo “*Absprachen*” é utilizado pelos favoráveis à prática, ao passo que “*Vergleiches*” é a nomenclatura adotada pela corrente contrária (FERNANDES, 2001, p. 416).

Inspirado em práticas já utilizadas nos âmbitos civil e trabalhista, o acordo consiste em um mecanismo que preza pela cooperação dos sujeitos processuais: por um lado, o arguido oferta sua confissão, a renúncia na produção de determinado meio de prova ou a desistência de um recurso. Por sua vez, acusação e julgador assentem em diminuir a medida da pena a ser aplicada (FERNANDES, 2001, p. 416-417).

Apesar da forte resistência doutrinária encontrada, os acordos informais sempre encontraram respaldo jurisprudencial, tendo o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) entendido que a celebração de acordo extrajudicial não viola os preceitos do Estado de Direito, desde que não haja limitação do esclarecimento real do fato, e que se mantenha a proporcionalidade entre a conduta e a sanção (FERNANDES, 2001, p. 418).

Vale destacar que foi somente no ano de 2009, com o aditamento do §257 do StPO, que o legislador regulamentou legalmente os acordos, de modo que este modelo de resolução de conflitos vigorou na “informalidade” por quase três décadas.

Salienta-se que essa lei é considerada “a mais importante reforma do StPO desde a sua entrada em vigorem 1879”<sup>6</sup>, diante da modificação desencadeada no processo penal germânico, permitindo a coexistência de um procedimento clássico e outro, em tese, negociado.

---

<sup>6</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1. Relator Santos Cabral, Lisboa, 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?>>>. Acesso em: 21.11.2016.



Embora o processo penal alemão seja estruturado a partir do sistema inquisitorial (ao contrário do que ocorre no português), foi esta prática que serviu como inspiração para Figueiredo Dias elaborar a proposta dos acordos sobre a sentença.

Consequentemente, o autor defende a possibilidade da adoção de prática similar no processo penal português, independentemente de que sejam desencadeadas alterações no sistema acusatório vigente em Portugal. Destaca que a cooperação entre sujeitos processuais é alternativa para que “o processo penal português possa voltar a ser aquilo que por essência deve ser: uma das mais lídimas e relevantes expressões de um Estado de Direito”, fundamentado na ideia que “o povo português perdeu a confiança no seu sistema da justiça, em particular da justiça criminal, e este tem-se revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correção e funcionalidade” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 13-14).

## 2.2 O modelo anglo-saxão

Por outro lado, a *plea bargaining* surge nos Estados Unidos em meados do século XIX como resposta ao repentino aumento da criminalidade e conseqüente superlotação do sistema carcerário, conseqüência do descontrolado aumento populacional estadunidense, desencadeado especialmente pelo grande número de imigrantes. Desde então, este modelo de justiça negocial entre acusação e defesa é utilizado em larga escala, de modo que é responsável pela resolução de 90% dos casos submetidos ao sistema penal (FERREIRA, 2013, p. 19).

O *plea bargaining* é composto por duas modalidades de negociações: A *charge bargaining* é verificada quando as negociações versam sobre alterações na acusação, de modo que consiste na troca da confissão do arguido por uma acusação “mais suave”, seja pela desclassificação do crime, seja pela desconsideração de alguma infração quando houver concurso de crimes. Ainda, o outro método é a *sentence bargaining*, que é a oferta de uma proposta concreta de pena pelo acusador, também em troca da confissão do arguido (FERREIRA, 2013, p.19).

Como será melhor destacado no decorrer do presente estudo, diversas são as diferenças entre os sistemas de justiça negocial estadunidense (anglo-saxão) e processual penal português (europeu continental e acusatório integrado pelo princípio da investigação), em especial porque ao contrário deste, a *plea bargaining* é disciplinada pela disponibilidade do

objeto do processo penal, resultando no maior protagonismo do acusador, que além de agir segundo parâmetros de discricionariedade, possui maior poder de barganha frente ao arguido, enquanto o não raras vezes o Tribunal desempenha mera função homologatória (SILVA, 2013, p. 23-24)<sup>7</sup>.

Além disso, o modelo negocial anglo-saxão aceita a confissão de culpa como elemento suficiente para ensejar a condenação, preterindo a produção de outros elementos probatórios para embasa-la<sup>8</sup>. Apesar de evidenciar um decréscimo considerável na duração temporal do processo, isso maximiza a possibilidade de haver desrespeito às garantias e direitos fundamentais do arguido, seja pelo fato do acusador poder iniciar as negociações com imputações exorbitantes, visando a sua diminuição com a celebração de acordo futuro (conduta conhecida como *overcharging*), seja pelo eventual tratamento desigual perante sujeitos que são responsabilizados pelo cometimento de fatos idênticos em circunstâncias similares, ou ainda pelo esquecimento da busca da verdade, visando somente a “solução do conflito” a (quase que) qualquer custo<sup>9</sup>.

Como nota final, salienta-se que por conta das supracitadas críticas, começam a surgir vozes doutrinárias pugnando pelo alargamento da participação do juiz e da vítima nas tratativas negociais do modelo anglo-saxão de resolução de conflitos (FERREIRA, 2013, p. 30).

### **3 ACORDOS SOBRE A SENTENÇA: A PROPOSTA DE FIGUEIREDO DIAS**

Adentrando especificamente no tema central deste estudo, insta salientar que desde a década de 1980 Figueiredo Dias já defendia um modelo processual penal pautado pelo consenso e aproximação entre os sujeitos processuais envolvidos<sup>10</sup>. Neste contexto, com a obra lançada

---

<sup>7</sup> Na visão do autor, o objeto do processo penal no sistema português é a “pretensão formulada pelo acusador (Ministério Público ou acusador particular) ao tribunal para que verifique se ocorreram pressupostos alegados na acusação e se tal se verificar aplique ao acusado a pena ou medida de segurança criminais estabelecidas por lei com consequência”.

<sup>8</sup> Não obstante se verifiquem exceções (artigo 344.º, n.º 2, “a” e n.º 3, “c”, do CPP), o sistema processual penal português é representado por um Tribunal pautado pelo poder-dever investigatório.

<sup>9</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias destaca a importância que o processo penal, sem perder sua característica adversarial, incrementa as estruturas de consenso em detrimento as de conflito entre os sujeitos processuais.

<sup>10</sup> Além disso, Figueiredo Dias, ainda em 1985, levou uma proposta à Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, a fim de alterar a legislação para considerar a confissão integral e sem reservas do arguido como causa de atenuação especial da pena.

em 2011, o autor busca apresentar uma medida concreta de extensão da abrangência da consensualização no processo penal português, a fim de aproximar e valorizar a participação dos sujeitos processuais, maximizando a celeridade e eficiência processual como alternativa à insuficiência dos mecanismos utilizados atualmente.

Embora reconheça a importância de que o Poder Legislativo, assim entendendo, elabore uma legislação própria sobre o tema, a fim de delimitar com clareza os parâmetros de aplicabilidade e efeitos alcançados pela prática, Figueiredo Dias defende a possibilidade de imediata aplicação do instituto, por meio da concatenação entre os artigos 344.º do Código de Processo Penal, e artigos 72.º e 73.º do Código Penal, sob o argumento de que não há vedação legal no ordenamento jurídico vigente.

Após esses breves esclarecimentos, apontemos agora os preceitos básicos dos acordos sobre as sentenças na proposta de Figueiredo Dias:

a) Por se tratar de procedimento de consenso, todos os sujeitos processuais devem participar das tratativas que resultarão no acordo, pois é justamente esta aproximação e diálogo entre os indivíduos que caracteriza a consensualização do processo. Nesta senda, a iniciativa pode partir de qualquer uma das partes, bem como somente será celebrado quando arguido, acusador e julgador concordarem com os termos propostos (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p.83).

Contudo, especificamente quanto a postura do julgador, o autor entende que este desempenhará um papel majoritariamente fiscalizatório, e não propriamente ativo nas conversações, a fim de evitar eventuais impedimentos, nos termos do artigo 40.º do Código Penal.

Ainda, outra peculiaridade que merece ser destacada é sobre a figura do assistente. Figueiredo Dias entende que por também ostentar a condição de sujeito processual, o assistente deverá ser convidado para participar das tratativas. Contudo, a sua discordância não deve ter força para obstar a celebração do acordo, uma vez que sua intervenção processual é subordinada ao Ministério Público, conforme se denota pelo teor do artigo 69.º, n.º 1, CPP (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 87).

Na opinião do autor, a observação deste detalhe é imprescindível para evitar eventual “processualização civil do processo penal” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 86). Ademais, sem querer adentrar em uma discussão vitimológica que foge da alçada do presente trabalho, entendo que há grande pertinência nesta peculiaridade, pois parto do princípio que

o direito da vítima se restringe ao processamento do arguido, e não que este venha a cumprir eventual pena.

Portanto, vislumbro a congruência na limitação da atuação do assistente, de modo que este sujeito deverá ficar restrito a tentativa de convencimento do julgador seguir determinada linha de cooperação durante as tratativas.

b) A confissão do arguido é pressuposto básico (*conditio sine qua non*) da celebração do acordo, devendo ser, por óbvio, manifestada de maneira livre e espontânea, o que significa que sob hipótese alguma serão admitidas confissões extraídas por extorsão ou coação.

Por sua vez, caso restem dúvidas sobre a liberdade do arguido na prestação da confissão, é imperioso que o tribunal faça uso do dever de investigação (princípio da investigação judicial), o qual dispõe que “o tribunal investiga o facto sujeito ou a sujeitar a julgamento, independentemente dos contributos da acusação e da defesa, construindo autonomamente as bases de sua decisão” (ANTUNES, 2016, p. 164). Se mesmo assim restarem dúvidas sobre a validade da confissão, não há alternativa além da sua invalidação, com a conseqüente anulação do acordo celebrado.

Destaca-se também ser preferível que o arguido preste a confissão até o início da fase de produção de provas, a fim de preservar duas das finalidades contempladas pelos acordos sobre a sentença, quais sejam a celeridade e economia processual na abreviação do procedimento.

Outrossim, mesmo que a confissão seja obtida de modo informal durante as fases preliminares ao processo, é imprescindível que haja sua reiteração pelo arguido durante a fase processual, de modo oral e espontâneo (artigo 344.º, do CPP), a fim de validar a celebração do acordo. Neste mesmo sentido, Vaz aponta que “a confissão antecipada esgota a sua utilidade na fundamentação da acusação; a promessa de confissão não contém a garantia de que o arguido venha a prestar em julgamento” (VAZ, 2012, p. 60).

c) Tendo em vista que superamos o período da Idade Média, e obras como *Malleus Maleficarum* são hodiernamente utilizadas apenas como ilustração das atrocidades cometidas no passado, e subsidiariamente como alertas para que não sigamos por caminhos semelhantes no futuro, a confissão não assume mais o papel de “rainha das provas” no processo penal (europeu continental).

Ou seja, a confissão não mais é classificada como “prova absoluta”, de modo por conta dos princípios da investigação<sup>11</sup> e da livre apreciação da prova<sup>12</sup>, o Tribunal fica incumbido do poder-dever de analisar o teor do depoimento prestado em conjunto com os demais elementos probatórios colhidos no feito, a fim de averiguar a possibilidade/probabilidade de veracidade dos fatos narrados pelo arguido<sup>13</sup>.

Isso significa uma confissão livre e referente à integralidade dos fatos postos em julgamento é insuficiente, pois o modelo processual penal europeu continental não se confunde com mera formalização da assunção de culpa ou simples renúncia ao direito de defesa. É imperioso, antes de mais nada, que os fatos narrados pelo arguido sejam críveis, cabendo ao tribunal verificar a sua validade em conjunto com os demais elementos probatórios produzidos, por meio de um juízo de interpretação e valoração, a fim de formar sua convicção sobre os fatos.

Ao contrário do que ocorre no *plea bargaining*, onde por opção político-criminal, é permitido que as partes disponham livremente sobre a culpa do agente, preterindo a busca pela verdade, o processo penal português admite como uma das suas finalidades a busca pela verdade.

Contudo, a verdade que se busca aqui é a processualmente válida, composta pela “facticidade combinada com as – e por consequência condicionada e limitada pelas – exigências impreteríveis de garantia dos direitos das pessoas face ao Estado” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 49). Ou seja, a busca da verdade não pode se dar “a qualquer custo”, já que não são aceitas relativizações de direitos e garantias fundamentais, os quais se encontram formalizados dentro do próprio processo penal.

Neste sentido, seguimos na esteira de Aury Lopes Jr., que embora não negue a importância da verdade no processo penal, entende que é a verdade formal a única legitimada, pois além de ser “perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode

---

<sup>11</sup> Atente-se que o modelo de audiência em processo penal português é acusatório, subsidiariamente integrado pelo princípio da investigação judicial, disposto no artigo 340.º do CPP.

<sup>12</sup> CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, de 17 de fevereiro de 1987. Artigo 127.º “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

<sup>13</sup> Visível aqui mais uma diferença entre o modelo anglo-saxão e a proposta de Figueiredo Dias (enquadrada no modelo processual penal europeu continental): este, além de não comportar a ideia de processo penal de partes, refuta a disponibilidade sobre o objeto do processo. Por outro lado, conforme mencionado anteriormente, o *plea bargaining* aceita que a simples confissão do arguido enseje na sua condenação, bastando que o julgador proceda a homologação do trato.

ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes”, de modo que supera a “ambição da verdade”, a qual apresenta uma tendência de “matar o contraditório”, ponto substancial do processo penal democrático e constitucional (LOPES JR, 2016, p. 317).

d) A oficialização do acordo sobre a sentença celebrará uma nova moldura penal. Isso significa que os sujeitos processuais envolvidos neste mecanismo de cooperação podem, em troca da confissão do arguido, deliberar novos limites máximos (pautados pela culpa do arguido) e mínimos (estabelecidos de acordo com a tutela da ordem jurídica) de sanção a serem aplicados ao agente, que por óbvio serão mais brandos do que previamente previstos na lei.

Ao contrário do que ocorre no *plea bargaining*, especialmente no *sentence bargaining*, onde o acusador submete ao magistrado uma pena concreta a ser homologada, a proposta de Figueiredo Dias se diferencia pois consiste na apresentação de uma nova moldura penal ao Tribunal, deixando-o adstrito aos novos limites, desde que estes sejam suficientes para atender aos requisitos de culpa e exigência de prevenção.

Contudo, não se fala aqui em “engessamento” da atuação do Tribunal, ou que este somente “homologa” o acordo como no *plea bargaining*, pois o poder de decisão do magistrado fica preservado. A única relativização comportada é a alteração dos limites mínimos e máximos, em troca da confissão do arguido, de modo que não é a culpa do arguido que vira objeto do acordo, e sim a sanção que eventualmente será aplicada.

Isso tudo significa que os acordos sobre a sentença não surgem para fixar antecipadamente a pena ou “negociar” a culpa ou a pena, até mesmo porque isso violaria frontalmente os princípios da violação da culpa e da reserva do juiz (SANTOS, 2015, p. 156). O que se vislumbra aqui é que em troca da confissão do arguido, são estabelecidos novos parâmetros de sanção (a chamada “moldura penal), aos quais o Tribunal ficará limitado ao julgar a causa, preservando a sua atuação na valoração dos demais elementos probatórios e aferimento da punição de acordo com os critérios de culpa e prevenção.

Quanto aos limites, o autor menciona expressamente que “o máximo de pena a acordar tem de ser um tal que não exceda a medida da culpa nem as exigências ótimas de prevenção geral positiva”, ao passo que “o mínimo tem de ser bastante para dar guarida às necessidades

de defesa da ordem jurídica e de prevenção especial positiva” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 62).

Como nota final, salienta-se a impossibilidade de o acordo versar sobre medidas de segurança, já que sua aplicação demanda, além do cometimento de fato típico e ilícito, um juízo sobre a periculosidade do agente<sup>14</sup>, o que cabe somente ao tribunal aferir.

Por fim, caso o limite máximo estabelecido permita, será possível incluir no acordo a cumulação de medidas de diversão processual, ou seja, a vinculação da sanção com alguma pena de substituição, além de se poder versar sobre as consequências acessórias da condenação.

e) Tendo em vista os fundamentos basilares do Estado de Direito, inclusive o respeito ao princípio da publicidade<sup>15</sup> do processo penal, os termos do acordo sobre a sentença devem ser expressados em audiência e discriminados na ata da solenidade, ainda que tenham sido celebrados previamente. Isso significa que inexistem óbices às prévias tratativas extrajudiciais, mas o acordo somente terá validade quando celebrado na solenidade.

Assim, aponta o autor que “um acordo esgotado, nos seus efeitos, fora da audiência e que não merecesse menção nela violaria o princípio da publicidade que, ainda ele, tem sido visto com razão como um corolário fundamental da ideia do Estado de Direito” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 71).

Nesta senda, considerando o princípio da lealdade processual, fica explicitamente vedado ao magistrado valorar como prova, ou ao Ministério Público referir em argumentação, a predisposição do arguido em confessar, ou mesmo a própria confissão nos casos em que se suceder, manifestadas em sede de tratativas do acordo que posteriormente não venha a ser celebrado.

Isso porque o arguido poderá fazer uso dos seus direitos de defesa e não autoincriminação, retrocedendo na confissão e adotando diferente estratégia no processo. Observa-se esta situação também para provas que forem obtidas através das informações colhidas durante as tratativas, conforme dispõe a doutrina dos frutos da árvore envenenada.

---

<sup>14</sup> Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Conforme artigos 40.º e 91.º e seguintes do Código Penal.

<sup>15</sup> Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976; Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 e Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950. Expresso nos artigos 206º da CRP, 10.º da DUDH e 6.º da CEDH.

Ademais, ainda sob manto do princípio da lealdade processual, após a celebração e consequente publicização do acordo, fica vedada qualquer alteração no seu conteúdo, excepcionando as hipóteses em que forem verificados fatos novos que possibilitem a sua revogação.

Por fatos novos, compreendem-se aqueles que são “novos para o tribunal, desconhecidos aquando do procedimento de consenso”, mas que “tornem inadequados (face, nomeadamente, aos princípios da verdade e da culpa) os limites máximo e/ou mínimo da pena que o tribunal se havia vinculado a respeitar” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 79).

f) A disponibilidade sobre eventual interposição de recurso<sup>16</sup> não poderá, sob hipótese alguma, fazer parte do estabelecido no acordo pelos sujeitos processuais. Isto se dá principalmente porque, nas palavras do autor, “a renúncia ao recurso não constitui, a qualquer luz, fator relevante de medida da pena, por isso que ela em nada pode afectar as exigências da culpa e da prevenção” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 95).

Diante disso, entende-se que a inclusão da possibilidade de renúncia ao recurso em sede de acordos sobre a sentença, além de fugir às finalidades buscadas por este instrumento de consenso processual penal, representa disponibilidade muito mais afeita ao direito anglo-saxônico do que ao direito europeu continental.

Por sua vez, tendo em vista que a confissão integral e sem reservas provoca a renúncia à produção de provas relativa aos factos imputados, considerando-os como provados<sup>17</sup>, e que os limites estabelecidos na nova moldura penal não poderão ser questionados, já que foram consentidos por todos os sujeitos processuais envolvidos no acordo, é defeso que tais matérias sejam objeto de eventual recurso.

Isso significa que mesmo não sendo possível acordar sobre eventual renúncia ao recurso, o seu campo de utilização ficará bastante restrito, a fim de preservar a integridade do acordo firmado, dando-lhe maior segurança. Por outro lado, é possível que eventual recurso verse sobre algumas questões pontuais, como a qualificação jurídica dada aos fatos, ou a espécie da medida sancionatória imposta.

---

<sup>16</sup> Relembrando que nos termos do artigo 32.º, n.º 1, da CRP, o direito ao recurso é elevado ao status de garantia fundamental inerente ao processo penal, ainda que exista a excepcional possibilidade (prevista legalmente no artigo 497.º, 2, CPP) de sua renúncia, nos casos em que for aplicada a pena substitutiva de admoestação, que consiste em uma censura oral feita em audiência pelo tribunal.

<sup>17</sup> Conforme preleciona o artigo 344.º, n.º 2, “a” e n.º 3, “c” do CPP, esta disposição somente é válida para crimes com pena não superior a 5 anos.



Compreendidos os principais aspectos dos acordos sobre a sentença, bem como sua influência e relação com o modelo alemão, além das substanciais diferenças com a prática negocial anglo-saxã, passaremos de imediato para a análise da aplicabilidade prática deste mecanismo em Portugal.

#### **4 APLICAÇÃO DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA EM PORTUGAL**

O primeiro caso de utilização dos acordos sobre a sentença em território português foi registrado em 1º de fevereiro de 2012 no Tribunal Judicial de Ponta Delgada. Como consequência, a Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa emitiu uma Orientação<sup>18</sup>, e a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra publicou um Memorando<sup>19</sup>, ambos em sentido favorável à realização desta prática, entendendo que este instituto proporciona maior celeridade e economia processual, além de contribuir para a solução consensual do conflito a partir do envolvimento de todos os sujeitos processuais.

Em contrapartida, prontamente foram levantadas vozes contra a sua aplicabilidade, merecendo especial menção a de Eduardo Maia Costa, Juiz Conselheiro do STJ, que durante as II Jornadas de Direito Penal dos Açores manifestou sua oposição às medidas de consenso por, dentre outros motivos, vislumbrar um insuperável conflito entre as finalidades do processo penal.

Argumenta o Juiz Conselheiro que apesar do baixo nível de eficácia do processo penal poder efetivamente resultar na perda (ou diminuição) da sua legitimidade, privilegiar o restabelecimento da paz jurídica (especialmente através de decisões consensuais) em detrimento à busca da verdade material consiste em um “sacrifício inaceitável”. Ainda, partindo do pressuposto que a eficácia não representa um elemento legitimador exclusivo, aponta que “um processo penal que prescindir sistematicamente da verdade, ou que a subalternize, constitui não uma forma de administração de justiça, mas materialmente um meio de composição de conflitos de tipo administrativo” (MAIA, 2013).

<sup>18</sup> PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA. “Orientação nº 1/2012”. <<[http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html)>>. Acesso em: 20.11.2016.

<sup>19</sup> PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE COIMBRA. “Memorando”. <<<http://portal.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>>>. Acesso em: 05.12.2016.

Compreendemos que assiste razão a Maia Costa quando refere que as finalidades do processo penal precisam ser simultaneamente assistidas, e em caso de eventual conflito, é recomendável que sejam buscadas soluções que os minimizem, sob pena de haver um desequilíbrio prejudicial tanto à sociedade, quanto à salvaguarda dos direitos fundamentais individuais.

Todavia, é preciso considerar que quando tratamos de crimes de pequena e média lesividade, justamente pelas características que envolvem o fato, tanto o interesse comunitário quanto o da própria vítima são muito mais direcionados à efetiva resolução do conflito e reparação do dano, em detrimento a simples punição do agente.

Desta forma, os acordos sobre a sentença, assim como os demais métodos de diversão processual, representam instrumentos de grande valia, utilizados em favor da comunidade, do sistema judiciário e dos próprios sujeitos envolvidos (arguido e ofendido), uma vez que apresentam vias alternativas de solução ao conflito jurídico-penal, geralmente mais eficazes, céleres e menos punitivistas, ao contrário dos procedimentos penais comuns, que além de demasiadamente lentos, causam estigmas e desgastes emocionais em ambas as partes.

Contudo, conforme já adiantado, é imprescindível atentar às duas hipóteses de diferenciação entre os acordos sobre a sentença e as demais técnicas de diversão processual penal: a sua aplicação para crimes graves, e a finalidade de estabelecer uma nova moldura penal, ao invés de evitar a pena de prisão.

Portanto, em análise à natureza das duas peculiaridades supracitadas, compreendo que ambas somente fazem sentido quando coexistirem. Dito de outra forma: somente há nexos na utilização de acordos sobre a sentença, quando direcionados à criminalidade mais grave, já que para os delitos de pequena e média lesividade, existem outros mecanismos de diversão processual que em tese são mais benéficos, pois via de regra evitam a pena de prisão, ao contrário do que ocorre na proposta de Figueiredo Dias.

Seguindo adiante nas críticas direcionadas aos acordos sobre a sentença, o Juiz Conselheiro argumenta que a justiça negociada não encontra espaço no direito penal europeu continental, sobretudo por conta do caráter público do modelo processual penal que aqui vigora, manifestando sua desaprovação com eventual supervalorização da atuação do Ministério Público em detrimento da atividade do julgador.

Conforme já exposto na análise dos pormenores da proposta em questão, este argumento é prontamente rechaçado tanto pelas substanciais diferenças entre a proposta de Figueiredo Dias e o modelo negocial anglo-saxão, quanto pelos limites e pressupostos de utilização dos acordos (que inegavelmente devem ser complementados posteriormente através de legislação própria) especificados pelo autor.

Neste sentido, remete-se ainda ao fato de que há imprescindível manifestação de consenso pelos sujeitos processuais, além de que a nova moldura penal deve obrigatoriamente atender aos critérios de culpa e prevenção, restando preservada a atuação judicial na valoração dos elementos probatórios e cominação da pena.

Outrossim, em 10 de abril de 2013, através do processo 224/06.7GAVZL.C1.S1<sup>20</sup>, o STJ teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema. O fato em causa dizia respeito a um recurso apresentado por arguido condenado ao cumprimento de treze anos e dois meses de prisão, pela coautoria de oito crimes de dano e três crimes de atentado à segurança de transporte rodoviário, os quais confessou de forma integral, espontânea e sem reservas, visando formalizar um acordo sobre a sentença, nos exatos termos da proposta de Figueiredo Dias.

Todavia, por meio do recurso interposto, o arguido pugnou reformar a sentença condenatória, por compreender que os fatos delituosos confessados se enquadravam em um único crime continuado de dano simples, ao invés de oito autônomos, conforme constou na decisão final.

Consoante a decisão supramencionada, entendeu o STJ que os acordos sobre a sentença não estão em conformidade com o ordenamento jurídico português, entendendo ser imprescindível uma reforma legislativa para comportar tal prática. Assim, consideraram como prova proibida a confissão obtida, pois “este acordo entre o M.P. e os arguidos sobre a medida das penas não se encontra legalmente previsto nem no direito penal, nem no direito constitucional” e conseqüentemente “não estando previsto legalmente, não se verifica qualquer fundamento nem para o suscitar, nem para o aplicar”.

Além disso, o STJ referiu que “processos negociados reforçam a desigualdade”, pois tal disparidade reforça a “qualidade da defesa e das possibilidades que o arguido tem de beneficiar de um advogado de

---

<sup>20</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1. Relator Santos Cabral, Lisboa, 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?>>. Acesso em: 21.11.2016.

qualidade”, a partir da premissa que “as partes mais preparadas e armadas que negociam melhor”.

Especificamente quanto a esteraciocínio, entendo-o completamente incabível, uma vez que eventuais disparidades econômicas e sociais que possam vir a exercer influência na qualidade da defesa patrocinada pelo advogado contratado, não irão surtir efeitos somente na seara dos acordos sobre a sentença, mas sim em todo o processo penal, inclusive (e especialmente) em procedimentos comuns, já que é o defensor quem representa os interesses do arguido em juízo, é responsável por escolher (ou aconselhar) a melhor estratégia processual a ser adotada, arrola e faz inquirição de testemunhas, produz provas, orienta o arguido e redige peças e recursos processuais.

Ou seja, é inegável que uma defesa técnica deficitária pode representar prejuízos ao arguido, entretanto, o que se questiona é a adoção deste argumento para refutar uma específica prática processual, já que danos desta natureza extrapolam o campo dos acordos sobre a sentença, podendo ser vislumbrados em procedimentos processuais penais de qualquer natureza.

Além disso, o STJ levantou a possibilidade de que a adoção da proposta de Figueiredo Dias poderia acarretar na violação aos princípios da lealdade e igualdade, ante a discricionariedade dos sujeitos processuais (especialmente o Tribunal e o Ministério Público) em firmarem ou não o acordo, que “pode, ou não, acontecer consoante a comarca, ou o distrito judicial, em que decorre o processo”.

Verifico grave paradoxo neste argumento, pois segundo este raciocínio, dever-se-ia afastar a aplicabilidade de todos os mecanismos de consenso do processo penal português. Isto é, inegável que sempre que houver uma prática pautada pelo princípio da oportunidade em detrimento ao da legalidade, estará se abrindo margem para estas situações. Portanto, a fim de evitar esta fantasiosa violação do princípio da igualdade, deveríamos retornar à legalidade absoluta do processo penal? Creio que a resposta seja negativa.

Neste mesmo sentido é a ideia de Claudia Santos, que expõe esta incoerência ao questionar se “haverá desigualdade quando o ministério público opta pelo envio de um processo para mediação, mas não já de outro, ou quando propõe a suspensão provisória de um processo num caso mas não em outro?” (SANTOS, 2015, p. 158).

Outro ponto de destaque na argumentação do STJ é a comparação que faz dos acordos sobre a sentença com a Justiça Restaurativa. Diante do vasto campo de estudo que envolve as práticas restaurativas, que fogem ao cerne do presente estudo, nos limitaremos a apontar apenas algumas substanciais diferenças em relação aos acordos sobre a sentença.

Primeiramente, a Justiça Restaurativa não visa a condenação do arguido em uma pena, e sim a reparação do dano causado a partir do empoderamento das partes no conflito. Em contrapartida, os acordos sobre a sentença relativizam a participação do assistente, cabendo-lhe apenas a tentativa de influenciar o acusador, sem que seja investido no poder de obstar a celebração do acordo. Ainda, os acordos resultam sempre em uma solução punitivista, e não reparadora.

Por fim, conforme adiantado, entendeu o STJ que não é possível aplicar os acordos sobre a sentença em processo penal diante da inexistência de legislação específica sobre o tema<sup>21</sup>, de modo que a confissão obtida foi considerada prova proibida e de nulidade insanável, embasado no fundamento de que “na sua gênese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível”, nos termos do artigo 126.º, 2, e), do CPP. Portanto, explícita a não concordância do STJ com a utilização deste mecanismo de consenso no processo penal português.

Neste ponto, questiono qual seria a proibição da prova obtida através dos acordos sobre a sentença, já que conforme exaustivamente retratado no presente estudo, além de ser alcançado através do consenso entre acusador e arguido, sob a supervisão direta do julgador, a nova moldura penal resultante deste mecanismo deverá obrigatoriamente atender aos requisitos de culpa e prevenção.

Portanto, é inegável que o ideal seria a criação de uma legislação específica sobre o tema, inclusive para garantir maior segurança jurídica às partes envolvidas. Contudo, existe substancial diferença entre a

---

<sup>21</sup> FIGUEIREDO DIAS compreende que inexistente vedação legal no ordenamento vigente, defendendo a possibilidade de aplicação imediata dos acordos sobre a sentença através da concatenação do artigo 344.º do CPP com os artigos 71.º e 72.º do CP. Opinião esta que é compartilhada pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa e de Coimbra.

inexistência de uma legislação que acrescentaria qualidade à prática, e a proibição dos acordos pela ausência de previsão legal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão ao presente trabalho, é possível vislumbrar que os acordos sobre a sentença fazem parte da categoria denominada “justiça penal de consenso”, como forma alternativa de resolução em processo penal, através da qual se visa proporcionar maior celeridade ao andamento processual<sup>22</sup>, em especial aos procedimentos desencadeados por fatos enquadrados na criminalidade grave, diante da existência de outros mecanismos de diversão processual mais benéficos para os delitos de pequena e média lesividade.

Diversos são os benefícios resultantes da proposta de Figueiredo Dias: a preservação das provas produzidas, diante do menor tempo decorrido entre cometimento do fato e julgamento da causa; a diminuição dos danos, estigmas e desgastes causados pelo processo; a maior celeridade na restauração da paz social pela solução do conflito jurídico penal; e a valorização da participação dos sujeitos processuais por meio da harmonização de interesses em um processo justo e equânime<sup>23</sup>, que embora mais abreviado, respeita os princípios processuais penais.

Do ponto de vista do arguido, a participação em um acordo sobre a sentença serve como garantia de que sua confissão resultará em

<sup>22</sup> Não confundir a celeridade processual com atropelo de procedimentos e princípios essenciais ao processo penal.

<sup>23</sup> Decreto-Lei n.º 78/87. Conforme se verifica no ponto 8 do Preâmbulo do Código de Processo Penal de 1987, o próprio legislador buscou valorizar mecanismos que auxiliem na celeridade e eficiência da justiça penal: “mesmo no contexto de uma apresentação sumária, não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos de reforma: a procura de uma maior celeridade e eficiência na administração da Justiça penal. Importa, contudo, prevenir que a procura da celeridade e da eficiência não obedecesse a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da Justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos. A eficiência é, por um lado, o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, que, sabe-se bem, tem muito mais a ver com a prontidão e a segurança das reações criminais do que com o seu caráter mais ou menos drástico. A imagem de eficiência constitui, por outro lado, o antídoto mais eficaz contra o recurso a modos espontâneos e informais de autotutela ou ressarcimento, catalizadores de conflitos e violências dificilmente controláveis. Mas a eficiência - no sentido de redução das cifras negras e das desigualdades a que elas obedecem - pode também valer como a garantia da igualdade da lei em ação, critério fundamental da sua legitimação material e, por isso, da sua aceitação e interiorização coletiva”.

uma atenuação da sanção penal cominada, já que assumindo a autoria de um delito, hipoteticamente não terá mais condições de pleitear ou esperar a absolvição.

Nesta senda, os acordos sobre a sentença não devem ser encarados como violação ao princípio da igualdade no tratamento processual, e sim como uma possibilidade alternativa à resolução do conflito jurídico-penal. Isto porque caso o arguido ou seu representante legal optem por não confessar ou aceitar a proposta, esta posição não resultará obrigatoriamente em uma sanção mais grave, já que existem critérios processuais penais de prevenção e culpa que são utilizados na delimitação e definição da pena.

Ainda, soma-se a isso que a confissão oriunda dos acordos sobre a sentença, além fomentar o “primeiro passo” na ressocialização do arguido, também o poupa do danoso e estigmatizante ritual da submissão a um procedimento criminal, proporcionando-lhe ainda a oportunidade de resolver com maior brevidade suas “pendências” perante a Justiça criminal.

Pelo lado das instâncias formais de controle que agem em âmbito processual penal, quais sejam o Ministério Público e o Tribunal, estes são beneficiados na medida em que maximiza a eficiência e celeridade processual<sup>24</sup>, evitando longas e improdutivas fases de produção probatória, proporcionando significativa economia de recursos.

Consequentemente, observa-se que havendo melhorias na prestação jurisdicional estatal ante os fatos delituosos cometidos e postos a julgamento, há maior probabilidade de que a paz social seja restaurada, atingindo-se assim uma das finalidades do processo penal<sup>25</sup>. Nas palavras de Figueiredo Dias, isto ocorre porque “o Estado de Direito só pode realizar-se quando se torne seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com uma pena justa” (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 38).

Além disso, a supracitada economia de recursos advinda da adoção de métodos alternativos na resolução de conflitos jurídico-penais, além de “desafogar” as pilhas de processos que se encontram estagnadas nas mesas dos órgãos públicos, viabiliza também o direcionamento destes fundos e esforços para a resolução de fatos delituosos de maior

---

<sup>24</sup> Direito este positivado no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que dentre outros aspectos, preconiza o julgamento em prazo razoável do arguido.

<sup>25</sup> Salienta-se aqui a importância de que o Estado, como detentor único da jurisdição penal, ao verificar o cometimento de uma conduta reprovável e tutelada pelo Direito Penal, tenha mecanismos para desencadear processo penal que seja findado em tempo razoável e, sendo o caso, com imputação de pena justa ao arguido.

gravidade, que atingem bens jurídicos mais valiosos e violam a paz social de maneira mais abrupta, e que não raramente deixam de receber a atenção necessária, devido grande número de casos enquadrados em pequena e média lesividade<sup>26</sup>, que tanto oneram o sistema penal.

Especificamente quanto a proposta retratada por Figueiredo Dias, inegável a magnitude do impacto que sua adoção causaria no sistema jurídico português, especialmente por consistir em um mecanismo de consenso aplicável à criminalidade mais grave.

Assim, ainda que o autor defenda sua aplicabilidade imediata<sup>27</sup>, é imperioso que o legislador, caso opte pela sua utilização, elabore legislação própria sobre a matéria, com o propósito de delimitar pressupostos de validade, conteúdo e efeitos dos acordos, atentando especialmente para que não haja demasiada aproximação ao sistema negocial anglo-saxão (incompatível com o direito europeu continental, conforme exposto neste trabalho), e que respeite os princípios<sup>28</sup> e finalidades constitucionais e processuais penais.

Diante de todo o exposto, conclui-se que embora os acordos sobre a sentença tenham sido preteridos no sistema processual penal português por força da decisão emanada pelo STJ, entendo que os argumentos utilizados não foram suficientemente convincentes ou congruentes, de modo que tal questão deveria ser revisitada por doutrinadores e legisladores portugueses.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016.

CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Disponível em <<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)>>. Acesso em: 16.12.2016.

<sup>26</sup> DIRECÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS. Estatísticas prisionais do 3º trimestre de 2016. Disponível em: <<[www.dgsp.mj.pt/backoffice/Documentos/DocumentosSite/Estatisticas\\_e\\_Relatorios/trimstrs/3\\_trim-2016.pdf](http://www.dgsp.mj.pt/backoffice/Documentos/DocumentosSite/Estatisticas_e_Relatorios/trimstrs/3_trim-2016.pdf)>>. Acesso em 20.01.2017. Conforme se verifica nos dados estatísticos, mais da metade dos reclusos foram condenados a penas de até seis anos de prisão.

<sup>27</sup> Ainda que o Figueiredo Dias defenda a compatibilidade dos acordos com o direito constitucional e ordinário vigentes, mencionando que a “imediata efetivação da prática das conversações e acordos sobre a sentença não constitui qualquer atuação contra legem”, acredita que deva haver intervenção legislativa sobre a matéria.

<sup>28</sup> Em especial os já mencionados: da verdade material, da publicidade, do direito ao recurso, da lealdade processual, da investigação e da livre apreciação das provas.



CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Disponível em <<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>>. Acesso em: 16.12.2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, de 2 de Abril de 1976. Disponível em <<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>>. Acesso em: 16.12.2016.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, de 4 de novembro de 1950. Disponível em <<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>>. Acesso em: 16.12.2016

CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro. *Os acordos sobre a sentença em processo penal: Um novo consenso no direito processual penal*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

COSTA, Eduardo Maia. <<Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo>>. *Julgar n.º 19* (2013), disponível em: <<<http://julgar.pt/justica-negociada-do-logro-da-eficiencia-a-degradacao-do-processo-equitativo/>>>. Acesso em: 20.11.2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>>. Acesso em: 16.12.2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

DIREÇÃO GERAL DE REINserÇÃO E SERVIÇOS PRISIONAIS. Estatísticas prisionais do 3º trimestre de 2016. Disponível em: <<[www.dgsp.mj.pt//backoffice/Documentos/DocumentosSite/Estatisticas\\_e\\_Relatorios/trimstrs/3\\_trim-2016.pdf](http://www.dgsp.mj.pt//backoffice/Documentos/DocumentosSite/Estatisticas_e_Relatorios/trimstrs/3_trim-2016.pdf)>>. Acesso em: 20.01.2017.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Almedina, Coimbra, 2001.

FERREIRA, Diogo André Pereira. *Acordos sobre a sentença em processo penal – Caixa de Pandora ou Maná no deserto?* 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Saraiva, São Paulo, 2016.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE COIMBRA.

“Memorando”. Disponível em <<<http://portal.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd0c0bb2b%7D.pdf>>>. Acesso em: 05.12.2016.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA. “Orientação n.º 1/2012”. Disponível em: <<[http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html)>>. Acesso em: 20.11.2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1. Relator Santos Cabral, Lisboa, 10 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?>>. Acesso em: 21.11.2016.

REGIME DE MEDIAÇÃO PENAL. Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. Disponível em <<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1459&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis)>>. Acesso em: 16.12.2016.

SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão Penal Negociada. *In: Revista Julgar*, Lisboa, v. 25, p. 145-160, jan./abr. 2015.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português: Noções Gerais. Sujeitos Processuais e Objeto*, Volume I, 7ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

SOUZA, Eduardo Emanuel Dall’Agnol de; OLIVEIRA, Rafael Serra. Sobre a detenção e as medidas de coação nos processos de extradição e de entrega (em execução do mandado de detenção europeu). *Temas de Extradição e Entrega*, Almedina Editora, Coimbra, 2015.

VAZ, João Paulo Marques Cortez. *Acordos sobre a sentença em processo penal: A articulação dos regimes da confissão e da atenuação da pena na gênese de um modelo jurisdicional de consenso*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

# APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO UNIFORME DOS INSTRUMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS NEGÓCIOS\*

Enrique Fernández Masiá\*\*

Texto traduzido do original: *Aplicación e interpretación uniforme de los instrumentos del Derecho internacional de los negocios.*\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Processo de aplicação do direito e interpretação uniforme. 2 Unificação conflitual europeia e interpretação uniforme. 2.1 Do convênio de roma de 1980 ao regulamento de Roma I sobre a Lei aplicável às obrigações contratuais. 2.2 O regulamento Roma I e sua interpretação uniforme. 2.2.1 A interpretação uniforme do regulamento Roma I e o Tribunal de Justiça da União Europeia. 2.2.2 A interpretação uniforme do regulamento Roma I e o trabalho dos tribunais nacionais. 3 Unificação material universal e interpretação uniforme. 3.1 A Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias. 3.2 A interpretação da Convenção de Viena. Avaliação Final. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo verificar a possibilidade de aplicação de uma interpretação uniforme do direito internacional dos negócios tanto no âmbito da União Europeia como a nível mundial. Devido às limitações normativas dos ordenamentos jurídicos nacionais, as variadas interpretações jurisdicionais divergentes suscitam sérios problemas quanto à aplicação uniforme do direito, ameaçando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. Por meio da análise das disposições do Regulamento Roma I que designa a lei aplicável às obrigações contratuais de natureza civil ou comercial no espaço da União Europeia e da Convenção de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, será inquirido como estes textos oferecem instrumentos aos operadores jurídicos para alcançar uma maior uniformização da interpretação e atividade jurídica desta seara do direito internacional.

**Palavras-chave:** Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Direito dos negócios internacionais. Direito Internacional Privado Europeu. Regulamento Roma I. Aplicação e Interpretação uniforme de normas.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to verify the applicability of a uniform interpretation of international business law both within the European Union and worldwide. Due to the legislative limitations of national legal systems, divergent jurisdictional interpretations raise serious problems concerning the uniform application of the law, threatening legal certainty and predictability of judicial decisions. By examining the provisions of "Rome Regulation I" designating the law applicable to contractual obligations of a civil or commercial nature within the European Union and the Vienna Convention on international contracts of sale of goods, Instruments to legal operators to achieve greater uniformity in the interpretation and legal activity of this area of international law.*

**Keywords:** *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; International business law; private European law; Rome Regulation I; Application and interpretation*

\* Este trabalho foi realizado no âmbito do projeto intitulado "Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia", DER2016-74945-R.

\*\* Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha).

\*\*\* Traduzido por: Rafael Ferreira Diniz Mesquita, graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Mestrando em Direito Privado pela Universidade Carlos III de Madrid.

## **1 PROCESSO DE APLICAÇÃO DO DIREITO E INTERPRETAÇÃO UNIFORME**

No processo de aplicação do Direito por parte dos distintos operadores jurídicos a atividade interpretativa é chave, estendida esta última como aquela operação lógica jurídica que busca determinar o alcance e sentido dos termos contemplados nas disposições normativas. Esta ideia é especialmente decisiva no âmbito material analisado pelas diferentes contribuições da presente obra. Os textos internacionais em matéria de contratação transnacional têm como objetivo a busca de uma maior segurança jurídica e a conquista de uma maior previsibilidade nas respostas às questões suscitadas pelos intercâmbios internacionais.

A unificação do Direito no âmbito da contratação internacional, seja mediante normas de conflito ou materiais encontra, todavia, um limite derivado do seu modo de aplicação: os textos internacionais têm de ser aplicados pelos diferentes tribunais e autoridades nacionais. Os textos de origem internacional não encontram correspondência na existência de órgãos jurisdicionais supranacionais que se encarguem de sua aplicação uniforme. Isto pode gerar sérios momentos no momento de uma unificação “real” das regras aplicáveis, visto que apesar de contar com um texto único, o labor interpretativo do mesmo não está centralizado, mas sim disperso, o que abre a porta a uma interpretação divergente dos mesmos termos em função do significado que tenham os mesmos nos Ordenamentos jurídicos internos dos distintos Estados.

Assim, tão importante ou mais que realizar a unificação das normas jurídicas plasmadas em um texto internacional, é que tais normas sejam interpretadas e aplicadas uniformemente pelos distintos órgãos jurisdicionais nacionais, isto é, com independência da autoridade que julgue o assunto. Só desta maneira os textos internacionais em matéria de contratação internacional alcançarão plenamente os objetivos para os quais foram adotados.

Partindo da anterior premissa, o objetivo deste trabalho consiste em analisar como os distintos operadores jurídicos contam com uma série de instrumentos que tem como fim facilitar o alcance de uma interpretação uniforme dos textos internacionais em matéria de contratação internacional. Neste sentido, centralizaremos nossa análise em dois dos textos chaves na atualidade no âmbito do Direito internacional dos negócios: em nível

européu, o Regulamento de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e a nível mundial, a Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias.

## **2 UNIFICAÇÃO CONFLITUAL EUROPÉIA E INTERPRETAÇÃO UNIFORME**

### **2.1 Do convênio de roma de 1980 ao regulamento de Roma I sobre a Lei aplicável às obrigações contratuais**

Atualmente, os juízes europeus têm de aplicar obrigatoriamente para determinar o direito aplicável a um contrato internacional as regras previstas no Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento e do Conselho Europeu, de 18 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais – conhecido como Regulamento Roma I, e que de agora em diante será citado assim<sup>1</sup>. – o Regulamento Roma I sobre a lei aplicável às obrigações contratuais é um texto de direito dos conflitos uniforme de caráter europeu.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) de 4 de julho de 2008, número L 177/6.

<sup>2</sup> A bibliografia existente sobre o Regulamento Roma I é muito extensa. Sem pretensão de ser exaustivos, ver também, entre outros: ABARCA JUNCO, P. (Dir.): Derecho internacional privado, Madrid, UNED, 2 Vols, Vol. II, 2010, pp. 363 e ss.; AA.VV.: Estudios sobre contratación internacional, Madrid, 2ª ed., Colex, 2006; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J.: Derecho internacional privado, Granada, Comares, 13ª ed., 2012, 2 vols., vol. II, pp. 579 e ss.; CARRILLO POZO, L.F.; “Ante la revisión del artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos, T.II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1375 e ss.; CASTELLANOS RUIZ, E.; El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y su aplicación por los tribunales españoles, Comares, Granada, 2009; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Contratación comercial internacional”, en AA.VV.: Derecho de los negocios internacionales, Madrid, Iustel, 3ª ed., 2011, pp. 251 e ss.; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “La contratación internacional en caso de crisis empresarial”, Anuario de derecho concursal, n° 22, 2011, pp. 105 e ss.; ESPLUGUES MOTA, C. “La contratación internacional: Régimen general”, en ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.): Derecho del comercio internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 2012, pp. 173 e ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: Derecho internacional privado, Cizur Menor, Civitas, 5ª ed., 2010, pp. 477 e ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, La Ley, n. 6957, 30-5-2008; FERRARI, F. y LEIBL, S. (eds.), Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich, Sellier, 2009; P. LAGARDE y A. TENENBAUM; «De la Convention de Rome au Règlement Rome I», RCDIP, n° 4, 2008, pp. 727-780; LANDO, O. y NIELSEN, P.A.; “The Rome I Regulation”, CMLR, 2008, pp. 1687-1723; UBERTAZZI, B.; Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Milano, 2008.

É um texto de direito conflitual, já que o mesmo oferece uma coleção de normas de conflito para localizar a relação jurídica contratual em um determinado sistema jurídico estatal. Em outras palavras, não é um instrumento de direito material que ofereça uma resposta com caráter direto às pretensões das partes. É também um texto de direito uniforme aplicável em todos os Estados da União Europeia – menos Dinamarca-, garantindo, assim, a aplicação das mesmas soluções conflituais em todos eles.

O Regulamento Roma I substitui o seu antecessor, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 19 de junho de 1980. Sua base jurídica se encontrava nos antigos artigos 61 e 65 b) do Tratado Constitutivo da União Europeia (TCE) – atualmente, os artigos 67 e 81 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa-. Após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, a Comunidade Europeia mantém entre seus objetivos a consecução progressiva de um espaço de liberdade, segurança e justiça. Para conseguir o objetivo dito, as instituições comunitárias podem adotar medidas no âmbito da cooperação judicial em matéria civil com repercussão transfronteiriça, na medida necessária para o correto funcionamento do mercado interior. Entre estas medidas, incluem-se expressamente aquelas que fomentem a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-membros sobre conflitos de lei e de jurisdição<sup>3</sup>. É precisamente no marco da atuação comunitária e com o fim de alcançar a unificação das normas de conflito a nível europeu, onde se deve situar a transformação da Convenção de Roma no Regulamento Roma I.

---

<sup>3</sup> A entrada em vigor do Tratado de Lisboa não fez mais que aprofundar a comunitarização do Direito internacional privado dos Estados-membros. Pode-se dizer que avançamos inexoravelmente na União Europeia em direção a um sistema de Direito internacional privado unificado através de Regulamentos e um papel meramente residual dos legisladores nacionais na hora de regulamentar as situações privadas internacionais. Em âmbitos materiais que até pouco tempo parecia impensável alcançar acordos devido às diferenças existentes entre os Ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e sua alta dose de sensibilidade social, agora são um terreno fértil para a incontrolável atividade legislativa de unificação conflitual e jurisdicional das instituições europeias. Como exemplos desta ideia, a adoção do Regulamento sobre a lei aplicável à separação e divórcio –denominado Regulamento Roma III –, ou o recentemente publicado Regulamento em matéria de sucessões—JOUE de 27 de julho de 2012-. Sobre as ideias expostas e o que dispõe o Tratado de Lisboa, pode-se consultar, GUZMAN ZAPATER, M.; “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº.21, 2010; AGUILAR GRIEDER, H.; “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *CDT*, vol.2, nº. 1, 2010; ALVAREZ RUBIO, J.J.; “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, nº.15, 2008. .

Com caráter geral o Regulamento Roma I contém em boa medida o texto da Convenção de Roma com a maioria de suas soluções normativas sem introduzir mudanças radicais embora mude sua natureza à de texto de natureza europeia. Não obstante, o legislador também aproveitou a ocasião para modernizar alguns dos conteúdos da Convenção de Roma<sup>4</sup>.

Por consequência, é especialmente notável a ideia de adaptar a nova normativa à atual realidade do comércio eletrônico<sup>5</sup>. Mas especialmente destacável igualmente como influência direta nas mudanças produzidas temos de mencionar aos problemas que se expuseram na prática quando se aplicava as disposições contempladas no Convênio de Roma por parte dos juízes nacionais. Neste sentido, sirvam como exemplos as interpretações divergentes que se haviam produzido nas jurisprudências nacionais tanto em relação com a natureza e função da presunção baseada na prestação característica do contrato<sup>6</sup>, como também na determinação do Direito aplicável aos contratos internacionais de franquia e de distribuição, na aplicação do artigo 4o do Regulamento<sup>7</sup>.

Questão importante é que o Regulamento Roma I se aplica com caráter universal (*erga omnes*), - igualmente como já ocorria com a Convenção de Roma de 1980-. Assim indica o seu artigo 2º: “A lei designada nos termos da presente Convenção é aplicável, mesmo que essa lei seja de um Estado não Contratante”. Por isso, é irrelevante que a lei aplicável seja de um país da União Europeia ou não. O Regulamento Roma I se aplica independentemente da lei escolhida pelas partes ou de qualquer outra circunstância relativa, por exemplo, à residência ou domicílio das partes, ao lugar de execução do contrato, etc.

O Regulamento Roma I é composto de um corpo de regras gerais para a determinação da lei aplicável a maioria dos contratos (arts. 3º e 4º): é o regime geral. Oferece também um conjunto de regras especiais para certos tipos de contrato caracterizados pela presença de uma parte mais fraca na relação contratual: trata-se do contrato de transporte (art.5o),

<sup>4</sup> A. CALVO CARACAVAL; “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, CDT, vol.1, nº.2, 2009, pp.52-133; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; “The Rome I Regulation: Much ado about Nothing?”, The European Legal Forum, nº 2, 2008, pp.61-80.

<sup>5</sup> Conforme já havia ocorrido com as normas de competência judicial internacional contempladas no Regulamento de Bruxelas I, vide sobre esta questão E. FERNÁNDEZ MASÍA; “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001”, Estudios sobre consumo, nº.63, 2002, pp.9-24. .

<sup>6</sup> J. CARRASCOSA GONZALEZ; La ley aplicable a los..., op.cit., pp.170-172. .

<sup>7</sup> Ver H. AGUILAR GRIEDER; “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, CDT, Vol.1, nº.1, 2009, pp.19-35.

contrato celebrado com consumidores (art.6º), contrato de seguro (art.7º) e contrato individual de trabalho (art.8º). Centrando nossa atenção sobre o regime geral para a determinação da lei aplicável às obrigações contratuais, este, se compõe de dois aspectos: em primeiro lugar, o princípio básico de livre eleição pelas partes da lei aplicável ao contrato (art.3º)<sup>8</sup> y e em segundo lugar, de um conjunto de regras para a identificação da lei regente do contrato, aplicáveis quando as partes não fizeram uso de sua faculdade de escolha (art.4º)<sup>9</sup>.

## 2.2 O regulamento Roma I e sua interpretação uniforme

A interpretação uniforme do Regulamento Roma I vem influenciada de modo decisivo por sua caracterização, como já observamos, de um instrumento jurídico adotado pelas instituições da União Europeia no âmbito da cooperação judicial em matéria civil. A consecução de uma interpretação uniforme de um texto como o Regulamento Roma I por parte dos distintos tribunais nacionais dos Estados-membro da União Europeia comporta, em nossa opinião, duas grandes vantagens:

a) contar com um texto único que unifique as normas de conflito em matéria de contratação internacional e ao mesmo tempo que estas normas possam se aplicar de maneira uniforme com independência do foro que esteja julgando o assunto, supõe um nível de segurança jurídica altamente benéfico para todas as empresas que operam no território da União Europeia. Os custos jurídicos associados a toda atividade internacional da empresa tratam de ser moderados e que não se possam converter em obstáculos intransponíveis para a expansão comercial a nível global. b) Não existem interpretações “nacionais” do Regulamento de Roma I, mas uma interpretação “única” realizada pelas distintas autoridades nacionais com a ajuda inestimável do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), como será agora visto, o qual ao mesmo tempo, repercute no alcance de uma maior facilidade na aplicação dos textos por parte dos distintos operadores jurídicos.

Para conseguir uma interpretação uniforme do Regulamento Roma I, estamos diante de duas questões essenciais às quais iremos nos referir nas próximas páginas: em primeiro lugar, uma questão eminentemente

<sup>8</sup> LEIBLE, S.; “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, CDT, Vol.3, nº.1, 2011, pp.214-233.

<sup>9</sup> E. CASTELLANOS RUIZ; El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable..., op.cit., pp.111-144.



processual, analisando a possibilidade de se acudir a um órgão jurídico supranacional – o Tribunal de Justiça da União Europeia – para tentar evitar uma interpretação divergente pelos tribunais e autoridades dos diferentes Estados-membros União Europeia e em segundo lugar, uma questão principalmente material, porque estes tribunais na aplicação de Roma I contam com uma série de pautas interpretativas ou instrumentos heurísticos projetados justamente para atingir esse objetivo.

### 2.2.1 A interpretação uniforme do regulamento Roma I e o Tribunal de Justiça da União Europeia

A comunitarização de Roma I e sua transformação, portanto, de texto convencional em regulamento comunitário, supõe uma mudança radical nas relações existentes entre os tribunais e autoridades nacionais e o TJUE com o fim de alcançar uma interpretação uniforme. Assim, dada a base jurídica na qual se fundamentou a elaboração da Convenção de Roma de 1980 – antigo artigo 220 do TCE, posterior artigo 293 do TCE— levantou-se a necessidade de elaborar Protocolos de interpretação do regulamento que permitam recorrer à via da questão prejudicial perante o TJUE em caso de dúvida sobre a interpretação de qualquer dos preceitos deste documento. Tais Protocolos de interpretação entraram em vigor em 1 de agosto de 2004.

Na atualidade e após a reforma produzida pelo Tratado de Lisboa nos Tratados constitutivos da União Europeia, o mecanismo do reenvio prejudicial sofreu uma profunda transformação em relação às medidas adotadas no âmbito da cooperação judicial em matéria civil. De fato, o Tratado de Lisboa derogou o artigo 68 do TCE. Este preceito limitava a possibilidade de formular o reenvio prejudicial – antigo artigo 234 do TCE-, quando se suscitava uma questão sobre a interpretação dos atos das instituições comunitárias em aqueles assuntos que estivessem pendentes perante a um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não fossem suscetíveis de ulterior recurso judicial de Direito interno.

Hoje, pelo contrário, é o artigo 267 do TFUE aplicável à questão do esclarecimento do reenvio prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais em relação à validade e interpretação dos atos ou medidas que sejam adotadas pelas instituições da União Europeia no âmbito da cooperação judicial em matéria civil. Este preceito, eliminando os impedimentos previstos pelo antigo artigo 68 do TCE, estabelece que qualquer órgão jurisdicional

nacional pode solicitar ao TJUE que se pronuncie, com caráter prejudicial, sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições da União Europeia para a criação do espaço judicial europeu de liberdade, segurança e justiça, sempre que considere necessária uma decisão deste a respeito para poder emitir sentença.

Neste sentido, e dada ampliação de quem pode submetê-lo, não é estranho que o TJUE, com o fim de garantir a eficácia deste procedimento prejudicial, tenha elaborado uma série de indicações práticas que pretendem orientar aos órgãos jurisdicionais nacionais sobre a conveniência de iniciar um procedimento deste tipo e, em seu caso, ajudá-los a formular e apresentar as questões que se suscitarem. (Nota informativa relativa à apresentação de questões prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais, 2011/C 160/01, DOUE 160, de 28 de maio de 2011).

Consequentemente, e transferindo as ideias anteriores para a concreta questão da possível submissão do reenvio prejudicial em caso de dúvidas sobre a interpretação de algum dos preceitos do Regulamento Roma I, o artigo 267 do TFUE permite atualmente que todo órgão jurisdicional de qualquer Estado-membro possa pedi-la ao TJUE. Além disto, é necessário acrescentar que se esse órgão jurisdicional é um tribunal cujas decisões não cabem posterior recurso, esse órgão se vê compelido obrigatoriamente a submeter a questão. Com ele, em consequência, projeta-se um mecanismo processual para conseguir uma aplicação uniforme de Roma I, evitando, desta maneira, os riscos que presumem uma indesejável, mas possível, interpretação divergente do Regulamento Roma I pelos tribunais e autoridades nacionais de qualquer dos Estados-membros da União Europeia.

O reenvio prejudicial perante o TJUE supõe que o juiz ou tribunal nacional têm dúvidas sobre a interpretação do Regulamento Roma I, sendo necessário que haja uma decisão a respeito para poder emitir sua sentença no procedimento judicial que se está processando perante aquele. A decisão que o TJUE tomar em este caso tem caráter vinculante para as autoridades nacionais que o consultaram e deverão segui-la para a fundamentação da sentença no caso nacional concreto na qual se propôs a questão prejudicial.

É claro que o poder do TJUE em tais casos de interpretação dos preceitos do Regulamento Roma I através da questão prejudicial, não implica de forma alguma a possibilidade de poder anular algumas de suas normas. Da mesma forma, a faculdade de interpretação do Regulamento Roma I atinge unicamente aos preceitos deste ato legislativo da União

Europeia, não sendo possível, pelo contrário, submeter o reenvio prejudicial e decidir sobre a interpretação de possíveis disposições ou preceitos de Direito nacional que possam reproduzir ou remitir a normas contidas no próprio Regulamento Roma I.

### 2.2.2 A interpretação uniforme do regulamento Roma I e o trabalho dos tribunais nacionais

Exatamente como já apontamos, os órgãos jurisdicionais nacionais na aplicação do Regulamento Roma I contam com uma série de pautas ou critérios interpretativos que têm como objetivo a consecução de uma interpretação uniforme do texto<sup>10</sup>. Neste sentido, temos de partir do princípio geral que tem de reger a atuação dos juízes nacionais quando aplicam o Regulamento Roma I: Roma I responde a um esquema próprio, a um significado autônomo em seus distintos conceitos e regras, com o que não sabe uma remissão ao que estes últimos possam ter nos diversos Ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-membros.

Assim, recordar que a Convenção de Roma de 1980, antecessor do Regulamento Roma I, contemplava em seu artigo 18 esse princípio geral de interpretação uniforme do texto convencional, indicando que “na interpretação e aplicação das regras uniformes que antecedem, deve ser tido em conta o seu carácter internacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme”.

Só cabe não ser tomado em consideração esse princípio geral de atuação na interpretação do texto quando assim o sinalizar o próprio Regulamento Roma I. Efetivamente, em ocasiões contadas, é possível excepcionar a interpretação autônoma e uniforme do texto, e recorrer à possível interpretação “nacional” de um conceito concreto ou termo utilizado. Neste sentido, um bom exemplo encontra-se ao contemplar o considerando número 8 do Regulamento Roma I ao indicar que “As relações de família deverão incluir a filiação, o casamento, a afinidade e o parentesco em linha colateral. A referência feita ao número 2 do artigo 1º às relações com efeitos equiparados ao casamento e outras relações de família deverá ser interpretada de acordo com a lei do Estado-Membro do tribunal em que a ação é proposta”.

---

<sup>10</sup> Ver BERTOLI, P., “Il ruolo della Corte di Giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento “Roma I””, Riv.dir.int.priv.proc., nº.4, 2006, pp.999-1020; B. HAFTEL; “Entre “Rome II” et “Bruxelles I”: l’interprétation communautaire uniforme du règlement “Rome I””, Journ.dr.int., 2010, pp.761-788. .

Para a consecução do citado princípio geral de uma interpretação uniforme e autônoma do Regulamento Roma I, o intérprete conta, entre outros, com dois critérios interpretativos:

a) Há de se buscar uma interpretação sistemática do texto regulado. O Regulamento de Roma I forma um “todo” baseado em princípios fundamentais e são estes que devem guiar o intérprete quando existir dúvidas ou questões a resolver.

b) O trabalho do intérprete deve ser guiado pela maximização dos objetivos e fins para os quais o Regulamento de Roma I foi elaborado. A unificação das normas de conflito em matéria de contratação internacional é um importante instrumento para construir o espaço comunitário de liberdade, segurança e justiça e para melhorar o funcionamento do mercado interior. Com este Regulamento se evita o forum shopping, aumentando a segurança jurídica neste âmbito, a previsibilidade no resultado dos litígios e a livre circulação das decisões judiciais no território da União Europeia, já que as normas de conflito vigentes nos Estados-membros vão designar a mesma lei aplicável com independência dos tribunais estatais onde se tenha proposto o litígio.

c) Certo relevo deve ser outorgado igualmente aos trabalhos preparatórios do Regulamento Roma I. Neste sentido, deve-se inevitavelmente fazer referência à Proposta de Regulamento de 2005<sup>11</sup>. Mas igualmente adquire especial importância a relação existente com a Convenção de Roma de 1980, seu predecessor. Na medida em que muitas das disposições do Regulamento Roma I são uma cópia ou atualização das contempladas no texto anterior, recebe absoluta importância tanto a interpretação outorgada às mesmas pela jurisprudência existente sobre a Convenção de Roma como os trabalhos que deram lugar a este texto e, em especial, o Informe acompanhador do mesmo, elaborado pelos professores M. Giuliano e P. Lagarde<sup>12</sup>.

d) Por último, desde o ponto de vista do Direito patrimonial pode-se falar de um “sistema de fonte europeia” composto pelo conjunto formado dos seguintes instrumentos: aos que os procedimentos de direito

<sup>11</sup> Proposta de Regulamento, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, apresentada pela Comissão em 15 de dezembro de 2005, COM (2005) 650 final. Sobre este Projeto, ver QUIÑONES ESCAMEZ, A.; “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, InDret, nº.3, 2006.

<sup>12</sup> Informe relativo à Convenção sobre a lei aplicável as obrigações contratuais, por Mario Giuliano, professor da Universidade de Milão e Paul Lagarde, professor da Universidade de Paris I, DOCE C 327, de 11 de dezembro de 1992, pp.1-47. .

processual tratam, é necessário referir-se ao Regulamento 44/2001 de Bruxelas sobre competência judicial e reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e mercantil, o qual será substituído em janeiro de 2015 pelo Regulamento 1215/2012 de 12 de dezembro de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à competência judicial, o reconhecimento e a execução de decisões judiciais em matéria civil e mercantil – Regulamento Bruxelas bis I-.

Este texto oferece as normas para determinar o tribunal do Estado-membro competente para conhecer uma pretensão jurídico-privada de caráter patrimonial com elementos internacionais. Por outro lado, ao que o direito conflitual das obrigações se refere, o Regulamento Roma I e o Regulamento 864/2007 sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais (denominado “Roma II”), fornece, respectivamente, o regime conflitual uniforme aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais.

Deve-se ter em consideração que a jurisprudência que o TJUE tem pronunciado ao interpretar os termos jurídicos do Regulamento 44/2001 sobre competência judicial é um princípio relevante aos efeitos do Regulamento Roma I e do Regulamento Roma II. O objetivo é assegurar a aplicação de regras uniformes em nível europeu e conseguir a coerência deste mesmo sistema europeu de Direito patrimonial.

Assim, menciona o considerando número 7: “O âmbito de aplicação material e as disposições do presente regulamento deverão ser coerentes com o Regulamento(CE) nº44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I) (5) e com o Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»)”.

### **3 UNIFICAÇÃO MATERIAL UNIVERSAL E INTERPRETAÇÃO UNIFORME**

#### **3.1 A Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias**

Esta Convenção, fruto do trabalho da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI – é o expoente mais claro da unificação material das regras de Direito internacional dos

negócios<sup>13</sup>. Sua importância na regulação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias tem aumentado com o passar dos anos, simultaneamente com o aumento do número de ratificações por parte dos distintos Estados contratantes, podendo-se manifestar hoje que seu êxito foi enorme, dado que atualmente são parte do mesmo quase oitenta países pertencentes aos cinco continentes. Este regime convencional opera como um segundo regime nacional aplicável nos dois casos que entram em seu âmbito de aplicação contemplado no artigo 1<sup>o</sup><sup>14</sup>.

Em primeiro lugar, fala-se de sua aplicação imediata ou direta, para todos aqueles contratos de compra e venda concluídos por pessoas que tenham seu estabelecimento em Estados diferentes, sempre que os mesmos sejam Estados-parte da Convenção (art. 1.1.a). Em consequência, a nacionalidade das partes carece de relevância quando se aplicar a Convenção (art.1.3). Em segundo lugar, mencionamos sua aplicação mediata ou indireta, na medida em que se aplica para aqueles casos nos quais os respectivos estabelecimentos não estejam situados em Estados parte da

---

<sup>13</sup> Sobre o regime desta Convenção, pode se consultar, entre outros: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.(Dir), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Tecnos, 1998; ESPLUGUES MOTA, C., DE AGUILAR VIEIRA, I y MORENO RODRÍGUEZ, J.A., “Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, em Esplugues Mota, C. y Hargain, D., *Derecho del comercio internacional. MERCOSUR — Unión Europea*, Montevideo/Madrid, B de F/Reus, 2005, pp. 345 e ss.; ESPLUGUES MOTA, C., “La compraventa y otras operaciones de intercambio”, em S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota y J. Hernández Martí, *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 266 e ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. e DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 3<sup>a</sup> ed., 2011, pp. 351 e ss.; HONNOLD, J.O., *Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Madrid, Edersa, 1987; LÓPEZ y LÓPEZ, A.M., “La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *RDM*, 1997, n. 225, pp. 1207 e ss.; PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>.P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

<sup>14</sup> Ver BERNASCONI, C.; “The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *NILR*, Vol.49, 1999, pp.137-170; CALVO CARAVACA, A.; “Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías”, em *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp.1329-1348; OVIEDO ALBAN, J.A.; “Aplicación geográfica de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías”, em *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, T.III, A. Zapata de Arbeláez (ed.), Bogotá, Universidad Externado, 2009, pp.271-300; ILLESCAS ORTIZ, R. e PERALES VISCASILLAS, P.; *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp.91-93.

Convenção, já que o artigo 1.1.b admite a aplicação da mesma em ocasiões onde as normas de Direito aplicável do país em que se esteja conhecendo o litígio reitam à lei de um Estado que é parte da Convenção de Viena.

Deve-se destacar, indubitavelmente, que o reconhecimento outorgado por este texto á autonomia da vontade das partes no comércio internacional é tão amplo que em seu artigo 6º reconhece-se a essas a capacidade para excluir a aplicação da Convenção, estabelecendo exceções a qualquer de suas disposições ou modificar seus efeitos. Por conseguinte, se prevê a possibilidade de que se as partes querem optar pela normativa material nacional aplicável de acordo com a *lex contractus* devem excluir a aplicação da Convenção de Viena (“opting out”). Por isto, a Convenção de Viena é Direito dispositivo, no sentido de que não se pode impor as partes se estas não desejam sua aplicação ao contrato que as vincula<sup>15</sup>.

### **3.2 A interpretação da Convenção de Viena**

O alcance de uma unificação material mediante esta Convenção recebe um reforço definitivo e primordial no momento em que as autoridades e tribunais nacionais encarregados de sua aplicação o outorgam uma interpretação autônoma. Como já mencionado, os objetivos de toda unificação material perdem sua eficácia prática quando os termos utilizados nas normas jurídicas são interpretados de maneira divergente por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados contratantes. Em outras palavras, é a ameaça que sempre pende sobre toda Convenção internacional de que suas disposições sejam lidas unicamente pelas lentes do Direito nacional.

Os especialistas que elaboraram a Convenção de Viena eram conscientes desta problemática e por isto indicaram expressamente no artigo 7.1 os princípios de interpretação deste texto que devem guiar a todo operador jurídico em sua aplicação: indica-se que se deverá ter em consideração seu caráter internacional, a necessidade de promover a

---

<sup>15</sup> C. ESPLUGUES MOTA; “Compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en *Derecho del comercio...*, op.cit., pp.198-199.

uniformidade em sua aplicação e de assegurar a observância da boa fé no comércio internacional<sup>16</sup>.

Uma interpretação “uniforme” e “internacional” da Convenção de Viena necessita de uma abertura da jurisprudência nacional para outras realidades jurisdicionais estatais, de uma maior transmissão da informação em relação à Convenção a nível global e a um abandono, na medida do possível, de uma interpretação dos termos em sentido puramente “nacional” e “próprio” por parte dos tribunais que estejam conhecendo o assunto.

Alcançar uma aplicação uniforme e coerente da Convenção de Viena com independência do foro pressupõe, conseqüentemente, a obrigação de fazer uso do arsenal doutrinário e jurisprudencial que a nível universal existe sobre a Convenção. O juiz nacional deve ter consciência de ter em suas mãos a possibilidade de compartilhar as fontes doutrinárias e jurisprudenciais em relação com as disposições sobre a Convenção de Viena, devendo atuar de forma similar a como outros tribunais estatais o fizeram quando estes tiveram perante a si questões muito parecidas as que se enfrentam.

A Convenção de Viena como texto internacional, conseqüentemente, requer uma interpretação internacional, evitando-se interpretações conforme critérios fornecidos pelos Ordenamentos jurídicos nacionais.

Em outras palavras, tal como indica de forma muito correta o Tribunal de Justiça de Valência em sentença de sete de junho de 2003, “la doctrina sostiene que el carácter internacional obliga a interpretar la Convención de manera autónoma frente al derecho nacional, para lo que incluso es necesario adoptar una metodología distinta que la utilizada para aplicar el derecho doméstico. La única manera de asegurar la uniformidad en su aplicación es tomando en cuenta lo que otros tribunales en otros países han hecho al momento de aplicarla en los casos que les han sido

---

<sup>16</sup> Ver F. FERRARI; “Have the Dragons of the Uniform Sales Law Tamed?: Ruminations on the CISG’s Autonomus Interpretation by Courts”, em *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for A.Kritzer on the Occasion of his Eighth Birthday*, C.B.Andersen y U.G.Schroeter (eds.), Londres, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, pp.134-167; A. MARTINEZ CAÑELLAS; *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías*, de 11 de abril de 1980, Granada, Comares, 2004, pp.99-266.



sometidos, así como consultar las opiniones expertas de los tratadistas en la materia para lograr esta uniformidad <sup>17 18</sup>”.

Uma interpretação uniforme e internacional, portanto, pressupõe que os tribunais nacionais podem apoiar suas decisões em sentenças proferidas por outros tribunais estrangeiros. A jurisprudência estrangeira ainda não alcançando o valor de precedente, pode servir para fundamentar a solução deferida em um caso contrato. Exatamente como indica a sentença de 29 de dezembro de 1999 do tribunal de Pavia(Itália) <sup>19</sup>, a solução ao caso suscitado perante este órgão jurisdicional se corresponde com a atribuída pela jurisprudência estrangeira, a qual ainda que não tenha caráter obrigatório, pode ser tomada em consideração, exatamente como previsto no artigo 7.1 da Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias.

Não é estranho, portanto, que hoje encontremos sentenças de juízes que seguem abertamente a jurisprudência estrangeira e expliquem de maneira minuciosa como se convenceram a chegar uma determinada sentença em função dos feitos, raciocínios e soluções contidas nas decisões de outros tribunais estatais. Não importa onde se tenha dirimido o litígio similar que está a ser conhecido pelo juiz, tampouco se deve tomar em consideração a hierarquia do órgão jurisdicional dentro do sistema processual estatal, o verdadeiramente importante é que a aplicação ao caso das regras contempladas na Convenção de Viena tenha sido correta e adequada e se assemelhe a questão suscitada perante o juiz que a deve resolver.

Exemplo orientador desta questão se encontra na sentença proferida em sete de julho de 2000 pelo tribunal de Vigevano (Itália) <sup>20</sup> que devia resolver sobre questões como a falta de conformidade do bem e o ônus da prova, aplicando nesta as regras previstas na Convenção de Viena. Este tribunal fundamentou sua decisão apoiando-se em quarenta decisões judiciais procedentes de tribunais alemães, suíços, holandeses,

---

<sup>17</sup> A doutrina sustenta que o caráter internacional obriga a interpretar a Convenção de maneira autônoma frente ao direito nacional, sendo inclusive necessário adotar uma metodologia distinta da utilizada para aplicar o direito doméstico. A única maneira de assegurar a uniformidade em sua aplicação é tomando em conta o que os outros tribunais em outros países fizeram no momento de aplica-la nos casos que foram submetidos a estes, assim como consultar as opiniões experientes de tratadistas nesta matéria para alcançar esta uniformidade. Tradução nossa.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan39.htm>.

<sup>19</sup> Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/991229i3.html>.

estadunidenses, austríacos e franceses e em dois laudos arbitrais emitidos pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Como justificativa de sua atuação, este tribunal mostrou que, apesar da jurisprudência estrangeira não ter valor de precedente e, portanto, não estava obrigada a segui-la, a mesma podia ser considerada com o fim de assegurar e promover a aplicação da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias, como indicado por esta em seu artigo 7.1.

Em relação à anterior abordagem, pode-se suscitar que não é fácil a consulta e compreensão da jurisprudência estrangeira. Entretanto, esta crítica, hodiernamente, parece facilmente refutável e isto porque foram realizados esforços consideráveis para criar e gerenciar bancos de dados que recompilam fontes doutrinárias e jurisprudenciais em relação à Convenção de Viena, trabalho que também contou com a inestimável cumplicidade da revolução trazida pelas novas tecnologias na consulta da informação e em especial, a internet.

Entre estes esforços é preciso fazer referência ao trabalho de entidades não oficiais como o Pace Law School<sup>20</sup> ou o Centro para Estudos de Direito Comparado e Estrangeiro de Roma<sup>21</sup>. Do mesmo modo, a própria CNUDCI também se preocupou em recompilar periodicamente a jurisprudência existente e publicá-la em sucessivos informes (CLOUTs), assim como nos últimos tempos, elabora um Digesto da jurisprudência existe, cuja última versão é de 2012<sup>22</sup>.

Estes trabalhos que facilitam enormemente o trabalho interpretativo dos tribunais nacionais quando tem de aplicar a Convenção de Viena tem sido expressamente citados em algumas decisões judiciais. Sirva como exemplo, a sentença de 26 de novembro de 2002 do Tribunal de Rimini (Itália)<sup>23</sup>, onde se indica que as possibilidades de a Convenção de Viena ser interpretada de maneira incoerente pelos distintos tribunais quando estes enfrentam questões substanciais similares é bastante remota já que existem numerosas publicações de grande valor auxiliando a reduzir possíveis diferenças interpretativas. Entre estas publicações se detalham os bancos de dados que recompilam e publicam jurisprudência tal como

---

<sup>20</sup> [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

<sup>21</sup> [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>22</sup> Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>.

<sup>23</sup> Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021126i3.html>.

faz UNILEX, ou revistas jurídicas especializadas em Direito de compra e venda internacional como, por exemplo, a International Handelsrecht.

#### **4 AVALIAÇÃO FINAL**

A adoção de instrumentos unificadores do Direito da contratação internacional é um passo importante na tarefa de atribuir uma maior segurança jurídica e alcançar um aumento da previsibilidade nas soluções, incidindo de maneira notável em uma diminuição dos custos jurídicos que devem suportar os operadores econômicos quando atuam no marco transnacional.

Contudo, todo instrumento jurídico internacional tem uma aplicação prática, requerendo inevitavelmente que os distintos tribunais e autoridades estatais tenham de interpretar os termos e regras previstas nos mesmos. É aqui onde a pretendida “unificação” do Direito internacional dos negócios pode ser danificada. A tentação, certamente compreensível, que os órgãos jurisdicionais nacionais têm de utilizar aos seus próprios critérios de interpretação para aplicar textos internacionais, debilita em certa medida o caráter “uniforme” do texto aplicado.

Em consonância com as características dos instrumentos que devem ser aplicados no marco comercial transnacional, a mentalidade dos juízes nacionais deve ser modificada radicalmente. Os próprios textos defendem a sua interpretação “autônoma”, de acordo com seu caráter internacional. O exemplo da aplicação da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda de mercadorias com a crescente utilização do denominado “global jurisconsultorium”<sup>24</sup> permite vislumbrar um caminho que se nivela gradualmente para a entrada desta mudança de mentalidade que defendemos.

A transformação na aplicação dos instrumentos internacionais neste campo recebeu forte apoio europeu após o processamento da Convenção

---

<sup>24</sup> C. B. ANDERSEN; Uniform Application of the International Sales Law, Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions, La Haya, Kluwer, 2007. .

de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais em regulamento comunitário, e a nova função interpretativa confiada ao TJUE.

## REFERÊNCIAS

AA.VV.; Estudios sobre contratación internacional, Madrid, 2ª ed., Colex, 2006.

ABARCA JUNCO, P. (Dir.); Derecho *internacional privado*, Madrid, UNED, 2 Vols, Vol. II, 2010, pp. 363 y ss.

AGUILAR GRIEDER, H.; “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *CDT*, vol.2, nº.1, 2010.

\_\_\_\_\_.; “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, Vol.1, nº.1, 2009, pp.19-35.

ALVAREZ RUBIO, J.J.; “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, nº.15, 2008.

ANDERSEN, C.B.; *Uniform Application of the International Sales Law, Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions*, La Haya, Kluwer, 2007.

BERNASCONI, C.; “The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *NILR*, Vol.49, 1999, pp.137-170.

BERTOLI, P.; “Il ruolo della Corte di Giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento “Roma I””, *Riv.dir.int. priv. proc.*, nº.4, 2006, pp.999-1020.

CALVO CARACAVA, A.; “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol.1, nº.2, 2009, pp.52-133.

\_\_\_\_\_.; “Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp.1329-1348.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J.; *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 13ª ed., 2012, 2 vols., vol. II, pp. 579 y ss.

CARRILLO POZO, L.F.; “Ante la revisión del artículo 4 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, em *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, T.II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1375 e ss.

CASTELLANOS RUIZ, E.; *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009;

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.; “Contratación comercial internacional”, en AA.VV.: *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 3ª ed., 2011, pp. 251 e ss.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (Dir); *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Tecnos, 1998

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.; “La contratación internacional en caso de crisis empresarial”, *Anuario de derecho concursal*, nº. 22, 2011, pp. 105 y ss.

ESPLUGUES MOTA, C., DE AGUILAR VIEIRA, I. y MORENO RODRÍGUEZ, J.A.; “Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en Esplugues Mota, C. y Hargain, D., *Derecho del comercio internacional. MERCOSUR — Unión Europea*, Montevideo/ Madrid, B de F/Reus, 2005, pp. 345 y ss.

ESPLUGUES MOTA, C.; “La compraventa y otras operaciones de intercambio”, en S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota y J. Hernández Martí, *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1999, pp. 266 y ss.

\_\_\_\_\_; “La contratación internacional: Régimen general”, en ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.): *Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 2012, pp. 173 y ss.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001”, *Estudios sobre consumo*, nº.63, 2002, pp.9-24.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.; *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas, 5ª ed., 2010, pp. 477 e ss.

FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.); *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009.

FERRARI, F.; “Have the Dragons of the Uniform Sales Law Tamed?: Ruminations on the CISG’s Autonomus Interpretation by Courts”, em *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for A.Kritzer on the Occasion of his Eighth Birthday*, C.B.Andersen y U.G.Schroeter (eds.), Londres, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, pp.134-167.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, n. 6957, 30-5-2008.

\_\_\_\_\_.; “The Rome I Regulation: Much ado about Nothing?”, *The European Legal Forum*, nº 2, 2008, pp.61-80.

GUZMAN ZAPATER, M.; “Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº.21, 2010.

HAFTEL, B.; “Entre “Rome II” et “Bruxelles I”: l’interprétation communautaire uniforme du règlement “Rome I””, *Journ. dr.int.*, 2010, pp.761-788.

HONNOLD, J.O.; *Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Madrid, Edersa, 1987.

ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.; *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

LAGARDE, P. y TENENBAUM, A.; «De la Convention de Rome au Règlement Rome I», *RCDIP*, nº.4, 2008, pp. 727-780.

LANDO, O. y NIELSEN, P.A.; “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1723.

LEIBLE, S.; “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, Vol.3, nº.1, 2011, pp.214-233.

LÓPEZ y LÓPEZ, A.M.; “La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *RDM*, 1997, n. 225, pp. 1207 y ss.

MARTINEZ CAÑELLAS, A.; *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada, Comares, 2004, pp.99-266.

OVIEDO ALBAN, J.A.; “Aplicación geográfica de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, en Derecho *internacional de los negocios. Alcances, T.III*, A. Zapata de Arbeláez (ed.), Bogotá, Universidad Externado, 2009, pp.271-300.

PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup>.P.; *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.; “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *InDret*, n<sup>o</sup>.3, 2006.

UBERTAZZI, B.; *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T.; *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 2000.





# PARADIPLOMACIA E ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS NA PERSPECTIVA DE UM DIÁLOGO ENTRE CIDADES

## *PARADIPLOMACY AND RENEWABLE MARINE ENERGY IN THE PERSPECTIVE OF A DIALOGUE BETWEEN CITIES*

Carmen Sarmento Pimenta\*

Eliane Octaviano Martins\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Cooperação e paradiplomacia. 2 Cooperação e energias marinhas renováveis. 2.1 Energia Eólica Marinha. 2.2 Energia Geotérmica Marinha. 2.3 Bioenergia Marinha. 2.4 Energia Marítima. 2.4.1 Energia Renovável Marítima. 2.4.1.1 Energia das Ondas. 2.4.1.2 Energia das Amplitudes de Marés. 2.4.1.3 Energia das Correntes de Marés. 2.4.1.4 Energia das Correntes Oceânicas. Conclusão.

**RESUMO:** Não obstante a importância da cooperação internacional na discussão de incontáveis problemas mundiais inerentes a toda humanidade tais como o combate às mudanças climáticas e a preservação do meio ambiente, o debate e enfrentamento dessas questões se faz muito mais amplo, transpassando os limites do Direito Internacional Público, que só alcançam aos Estados-Nação e às organizações internacionais como players desse discurso. Tais problemáticas, em virtude de sua universalidade, exige um enfrentamento coletivo e multilateral, reconhecendo a relevância de todas as contribuições possíveis, ainda que não proporcionadas diretamente pelos Estados-Nação e pelas organizações internacionais. Não pode ficar limitado exclusivamente à esfera Estatal, pois necessita de ações de cooperação que só podem se desenvolver através de sistemas de governança que admitam e convivam com diversos níveis de atuação. Nesse contexto a cooperação entre os entes subnacionais desponta como ferramenta de extrema importância para a efetivação dessa atuação. Conhecida como Paradiplomacia, essa cooperação exprime a tendência das cidades e municípios de assumirem maior autonomia e independência nos contatos internacionais com o objetivo de defender seus interesses no ambiente global.

---

\* Professora Pesquisadora na Aix-Marseille Université - França e na Universidade Carlos III - Madri/Espanha (2016). Pesquisadora CAPES em Direito Ambiental, Marítimo e do Mar. Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS (2014). Pós-graduada (Lato Sensu) em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS (2014), em Direito Notarial e Registral pela ANOREG/UNIFAMMA (2010) e em Direito Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2008). Possui graduação em DIREITO pela Universidade Gama Filho - UGF (2006) e em Música Sacra pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil - STBSB (1994). Co-Titular do escritório jurídico MATUSALÉM PIMENTA ADVOGADOS ASSOCIADOS no Rio de Janeiro e Vice-presidente da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de Direito Marítimo da Pós-graduação em Direito Marítimo e Portuário da Maritime Law Academy, UERJ, UNISANTOS, Faculdade Redentor/RJ, ESA-OAB/RJ e de Responsabilidade Civil na Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da Estácio - Cabo Frio/RJ. Professora convidada da Universidad Carlos III de Madri - Espanha.

\*\* Doutorado pela Universidade de São Paulo (USP-PROLAM/2005), Mestrado pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita (UNESP – 2000), Pós-graduação lato sensu em Direito Privado pela FADISC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: direito marítimo, direito internacional econômico e direito empresarial.

**Palavras-chave:** Cooperação. Paradiplomacia. Entes Subnacionais. Governança. Energias Renováveis.

**ABSTRACT:** *Notwithstanding the importance of international cooperation in discussing countless world problems inherent to all humanity, such as combating climate change and preserving the environment, the debate and confrontation of these issues is much broader, transcending the limits of international law which only reach the nation-states and international organizations as players of this discourse. Such problems, because of their universality, require a collective and multilateral confrontation, recognizing the relevance of all possible contributions, although not directly provided by nation-states and international organizations. It can not be limited exclusively to the State sphere, since it requires cooperation actions that can only be developed through systems of governance that admit and coexist with different levels of performance. In this context cooperation between subnational entities emerges as a tool of extreme importance for the implementation of this action. Known as Paradiplomacy, this cooperation expresses the tendency of cities and municipalities to assume greater autonomy and independence in international contacts in order to defend their interests in the global environment.*

**Keywords:** *Cooperation. Paradiplomacy. Subnational Entities. Governance. Renewable Energy.*

Grandes descobertas e progressos invariavelmente envolvem a cooperação de várias mentes.

(Alexander Graham Bell)

## INTRODUÇÃO

A Paradiplomacia, mais do que um idealismo distante, se consumou numa necessidade eminente. Como que confirmando o dizer bíblico “Melhor e serem dois do que um, pois têm melhor paga de seu trabalho” (ALMEIDA, 2017, 5:9) a cooperação entre os governos, as empresas e, até mesmo, as pessoas tornou-se uma importante ferramenta de desenvolvimento social, cultural, econômico e em inúmeras outras áreas da atuação humana.

Experimentada, inicialmente, pelos Estados como expressão de sua soberania, logo a Paradiplomacia tornou-se também importante ferramenta dos atores subnacionais (governos regionais, empresas locais etc.), que buscam no ambiente internacional a cooperação necessária para alcançarem seus objetivos de desenvolvimento sem, para isso, contarem apenas com a intervenção dos entes nacionais.

Nesse cenário, não se poderia deixar de servir-se da Paradiplomacia também para beneficiar o meio ambiente, especialmente o marinho. Esse trabalho objetiva uma análise das possibilidades de união de forças, através da Paradiplomacia, na busca do desenvolvimento de tecnologias para exploração e exploração de energias renováveis no meio ambiente

marinho que deixe uma pegada ecológica mínima, ou seja, reduzindo ao máximo o impacto humano sobre a natureza marinha.

## 1 COOPERAÇÃO E PARADIPLOMACIA

Um novo tempo se fez urgente para a governança a partir da percepção de problemas comuns entre os Estados. Entretanto, isso ocorreu de forma muito mais evidente com a percepção de que os entes federados - estados e municípios - poderiam buscar por si só a solução de seus problemas, espelhando o modelo Estatal, e buscando os seus pares nos estados/municípios dos outros países.

Esse modelo, em verdade, não trouxe de todo uma novidade. No ano 836, foi registrado o primeiro *Jumelage* entre a cidade francesa de Mans e a cidade alemã de Paderborn (LA CROIX, 2015). Essa palavra francófona, *Jumelage*, significa, literalmente, geminação e também pode ser usada com o sentido de emparelhamento. Em sentido amplo, traduz o ato de uma cidade se equiparar (gemelar) à outra de nação distinta com fins de cooperação. A história da primeira *Jumelage* se resume na necessidade de se solidificar o catolicismo na cidade alemã de Paderborn. Para isso o líder religioso desta recorreu ao auxílio de seu amigo na diocese de Mans, fazendo transladar restos mortais assim como alguns objetos sagrados que fundamentariam a religião católica naquele local. Atualmente, a histórica *Jumelage* deu lugar à uma sólida e eficaz rede de cooperação entre os municípios dos países europeus.

Etimologicamente, a Paradiplomacia provém da palavra “*diplomacia*” acrescido do prefixo grego “*para*”, que significa proximidade ou semelhança. Já “*diplomacia*”, também proveniente do grego - “*diploma*”; “*diploun*” (dobrar) e “*diplos*” (duplo) (BECHARA, 2009, p.167) - é traduzido como permissão, licença, documento (originalmente “papel dobrado em dois”) (NASCENTES, 2015, p.198). Traz, portanto, a Paradiplomacia um modelo diferente de diplomacia ou, em sentido mais apertado, uma aparência de diplomacia, uma vez que a Constituição Federal atribui à União, exclusivamente, a competência para exercer a diplomacia.

Conceitualmente, a Diplomacia, exercida pelo governo do Estado (Federação), é a arte de manter o direito e de promover os interesses de um Estado ou governo perante os Estados e governos estrangeiros, segundo a melhor definição dos estudiosos das relações internacionais (CACHAPUZ

DE MEDEIROS, 1995, p. 54). Já a Paradiplomacia é fruto da globalização, sendo a atuação internacional dos atores subnacionais.

Dias (2010, p.2) nos explica essa intrincada distinção:

[...] **os agentes** encarregados dessas negociações **não são somente diplomatas, no sentido tradicional do termo**, mas outros tipos de funcionários que, muitas vezes, atuam de maneira idêntica aos diplomatas. Entre estes podem ser incluídos: funcionários internacionais, especialistas e delegados a conferências específicas, além de grande número de pessoas que são também responsáveis por algum aspecto de relações internacionais, e que não exercem a diplomacia como profissão, como os enviados especiais (que comparecem em eventos representando uma autoridade nacional); especialistas em áreas específicas (representantes de governos municipais que comparecem em Conferências internacionais como de habitação, meio ambiente, saúde, alimentação entre outras), aqueles encarregados de escritórios permanentes ou temporários em país estrangeiro (por exemplo, representações de municípios brasileiros no exterior para atrair turistas) e as missões especiais, que se deslocam para outros países por tempo determinado, para negociar um convênio ou para tratar de assunto de interesse comum. São formas de relações internacionais que se convencionou denominar paradiplomacia, e que não são objeto de nenhum convênio ou tratado internacional até o momento. **Todo esse movimento visa a demonstrar que uma coordenação não hierárquica entre os entes subnacionais de Estados distintos pode trazer resultados benéficos tanto no ambiente nacional quanto no internacional**, traduzindo uma política externa inovadora e potencializada já que, nesse formato, além da União, os estados e municípios ocupam papel de protagonistas. Dentre outras, as áreas de acordos alcançadas são o comércio, a indústria, serviços, agroindústria, turismo, meio ambiente, educação e investimento. Em suma, a cooperação pode e deve atingir qualquer área onde os estados subnacionais podem se auxiliar mutuamente. (grifo nosso)

Os governos subnacionais atuam através de protocolos de cooperação firmados entre os *players* do plano cooperativo. Ainda que estes tenham força de Soft Law, já é fato inconteste que tais acordos são revestidos de grande formalidade e credibilidade. Uma vez atados os laços, os governos envolvidos buscam uma multiplicação de atividades

(conferências, rodadas, encontros de negócios etc.) com o objetivo de alcançar diferentes formas de cooperação internacional. Para implementar e desenvolver esses acordos, torna-se necessária a constituição de área/departamento especializada/o da administração do governo subnacional com foco nos investimentos externos e na promoção e visibilidade de seu território.

Por seu tempo, o Governo Federal Brasileiro, em obediência ao princípio da não intervenção, observa o respeito à autonomia das agendas dos governos locais e à não interferência e não instrumentalização dos governos subnacionais. Entretanto, este não deixa de exercer o controle centralizado de seus entes. Nesse caso, cabe ao Ministério das Relações Exteriores a responsabilidade de coordenar as articulações dos governos subnacionais evitando, principalmente, o surgimento de quaisquer conflitos entre os atores subnacionais e, também, entre estes e a União.

A experiência brasileira na Paradiplomacia tem obtido grande sucesso. Os acordos de cooperação entre as cidades brasileiras e as de outros países teve início nos primeiros anos da década de 1990, mas o seu maior desenvolvimento ocorreu a partir de 2000. Muitos motivos poderiam ser citados como pontapé inicial para o desenvolvimento da Paradiplomacia no Brasil. Entretanto, sem dúvida, o maior motivo foi a similitude dos problemas encontrados nas cidades parceiras, lembrando o antigo *Jumelage* europeu. Assim, uniram-se as cidades “gemeladas” pelas carências sociais, pelas características de seu território, pelas similitudes nas experiências de cultivo ou criação de animais e assim por diante.

A lista de áreas de acordos não é taxativa e abrange os mais variados assuntos, dependendo dos interesses de cada ente envolvido. Entretanto, a maioria dos acordos de cooperação são firmados em torno do comércio, indústria, serviços, agroindústria, meio ambiente, cooperação técnica, investimento e educação.

No Brasil, vários são os exemplos dessa parceria, traduzindo, até mesmo, a carência de algumas cidades/estados que amargam uma sensação de esquecimento por parte do Governo Federal, como no caso das cidades da região amazônica que, tendo grande potencial de integração e desenvolvimento, mantém relações com seus vizinhos transfronteiriços. Já no caso dos integrantes do ZICOSUL (Zona de Integração do Centro-Oeste da América do Sul) a motivação veio pelo expressivo crescimento econômico e uma estrutura fluvial que favorece ao escoamento da produção regional. Isso beneficiou províncias argentinas (Salta, Jujuy,

Catamarca, Santiago del Estero, Formosa, Chaco, Corrientes e Misiones), departamentos bolivianos (Cochabamba, Chuquisaca, Santa Cruz e Tarija), o Estado brasileiro do Mato Grosso do Sul, as Regiões Chilenas de Tarapacá e Antofagasta assim como todos os departamentos do Paraguai.

Hodiernamente, mais de 300 governos locais compõem a Rede Merco cidades buscando maior participação no processo de integração regional através da cooperação no desenvolvimento socioeconômico, na solução de problemas sociais como a equiparação de gêneros e nas questões afins à juventude dentre outras áreas.

Esforços são demandados através de encontros, tais como o Fórum Binacional de Prefeitos de cidades lindeiras ao Lago de Itaipu Brasil-Paraguai para enfrentar questões que afligem os municípios dessa região ou a Reunião Especializada de Municípios e Intendências (REMI), em 2000, que tentou constituir espaço institucional para a grande demanda das cidades do bloco, não alcançando o sucesso almejado.

Para dar maior formalidade e organização a esses esforços, foi criado em 2004 o Foro Consultivo de Municípios, Estados Federados, Províncias e Departamentos do Mercosul (FICAR). Esse Foro, composto por representantes dos empresários, dos sindicatos da região e da sociedade civil, foi resultado da Cúpula de Ouro Preto pela Decisão 41/04 do Conselho Mercado Comum. Entretanto, apenas em janeiro de 2007 o FCCR passou a funcionar efetivamente mediante a aprovação do seu Regimento Interno e a realização de três encontros importantes: de Governadores da Região Nordeste brasileira e Região Noroeste argentina, em Tucuman/AR; de Prefeitos do Mercosul, em Caracas/VE; e de Governadores da Frente Norte do Mercosul, em Belém/BR.

A experiência paradiplomática brasileira não ficou reclusa na América do Sul, mas ganhou os mares e alcançou a cooperação de municípios de Estados mais distantes. Um excelente exemplo desses acordos de cooperação é o Protocolo de Cooperação entre o Governo Federal e as Regiões Italianas, ou o Acordo-Quadro Brasil-Itália de 1997. Os *players* desse acordo são, pelo lado brasileiro, os governos do Amazonas e Piauí, os municípios da região da Mantiqueira/SP-MG, a cidade de Bagé/RS, o entorno de Manaus e Alto Solimões/AM, o eixo Araraquara-São Carlos/SP e o entorno da cidade de Santa Maria/RS. Pelo lado italiano, estão a Umbria, Marche, Toscana e Emilia Romana.

Sem dúvida, a cooperação França-Brasil é a maior demonstração dos esforços de cooperação do Brasil, pois é com os subnacionais franceses

que são firmados o maior número de projetos de cooperação brasileiros. Como se sabe, as possibilidades são incontáveis, mas, a cooperação França-Brasil ocorre principalmente nas áreas de pesquisa científica e tecnológica, educação, desenvolvimento urbano, economia solidária, conservação e restauração de patrimônios históricos, portos e culturas.

O I Encontro da Cooperação Descentralizada e Federativa Franco-Brasileira foi realizado em Marseille em 2006. Foi uma promoção da parceria entre a Região Provence-Alpes-Côte d'Azur, Citès Unies France e a Subchefia de Assuntos Federativos da Presidência da República com o objetivo de ampliar a cooperação franco-brasileira agregando o maior número de cidades nesse projeto. O Encontro foi considerado um sucesso vez que contou com a participação de aproximadamente 80 representantes de cidades/estados brasileiros e o mesmo número de representantes franceses. Além destes, compareceram especialistas, acadêmicos, representantes de universidades e agências internacionais de fomento e cooperação.

Diante disso, percebe-se o grande potencial que a Paradiplomacia representa para o desenvolvimento dos municípios, dos estados e dos países e que muito tem sido feito no desenvolvimento dessa cooperação. Porém, grandes desafios ainda se apresentam tais como a criação de uma ferramenta institucional de diálogo entre os atores subnacionais e o Governo Federal (Comitê), a proliferação de programas de agências internacionais voltadas para as cidades brasileiras, a frágil coordenação entre o governo federal e os entes federativos na definição de seus programas territoriais, a definição de cooperação técnica e federativa e a precariedade jurídica.

## **2 COOPERAÇÃO E ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS**

A relevância desse tópico está no fato da necessidade de se promover pesquisas para a preservação do meio ambiente, patrimônio de toda a humanidade, e que isso deve ocorrer em forma de cooperação para um resultado mais célere e eficaz.

A pesquisa sobre as energias renováveis é realizada em diversos países com a finalidade de apresentar uma “energia verde” que substitua as poluentes atualmente consumidas em todo planeta. Em pesquisa sobre o tema, Castelos (2013, p. 222) noticia:

*Marine renewable energies, like all renewable energies, appear to be the ideal solution to two fundamental problems that affect developing and developed countries in different ways. These are, on the one hand, how to guarantee access*

*to energy, which mainly affects developing countries (the reference here is to access to energy, not energy security); and on the other, how to reduce greenhouse gas emissions, which until recently has been a problem primarily concerning developed countries, although things have now started to change in this regard. Whatever the situation, these are two problems for which to date no solution has been found or for which solutions have not been forthcoming due to a lack of the necessary political will.<sup>1</sup>*

Quando se aborda o tema das energias renováveis, deve-se deixar claro que o termo renovável está aí posto para fazer oposição às energias não renováveis. Estas, obtidas a partir de fontes teoricamente limitadas. Diz-se teoricamente limitadas porque são fontes cuja renovação exige bilhões de anos. São fontes não renováveis, entre outras: o petróleo, o gás natural, o carvão, o urânio, o xisto etc.

De outra mão, entende-se por energia renovável aquela que se extrai de fontes teoricamente ilimitadas. Diz-se que uma energia é renovável quando sua fonte não tem prazo para extinção, tampouco previsão de uma possível escassez. Entre as renováveis destacam-se a solar, a eólica, a vegetal e a marinhas.

Assim, como no dizer dos poetas contemporâneos Flávio Venturini e Renato Russo (2015), “é claro que o sol vai voltar amanhã”. Nessa linha de entendimento, parafraseando os compositores, pode-se dizer que voltarão também amanhã o mar, os vegetais e o vento, por isso, renováveis.

Este trabalho não tem a pretensão de abordar todas as energias renováveis, mas, tão só, aquelas que são obtidas a partir de processos que se desenvolvem no meio ambiente marinho: as energias renováveis marinhas. São elas de quatro tipos: marítimas, eólicas, geotérmicas e bioenergéticas.

As marítimas, que serão tratadas mais detalhadamente nas suas seis subespécies, diferem das demais energias marinhas, porque são

---

<sup>1</sup> “Energias marinhas renováveis, como todas as energias renováveis, parece ser a solução ideal para dois problemas fundamentais que afetam os países desenvolvidos e em desenvolvimento de formas diferentes. Estas são, por um lado, a forma de garantir o acesso à energia, que afeta principalmente os países em desenvolvimento (a referência aqui é o acesso à energia, não a segurança energética); e, por outro, a forma de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, que até recentemente tem sido um problema, principalmente em relação a países desenvolvidos, embora as coisas já começaram a mudar a este respeito. Seja qual for a situação, estes são dois problemas para os quais, até essa data, nenhuma solução foi encontrada ou para os quais as soluções não chegaram próximo aos objetivos almejados, devido à uma falta de vontade política necessária.” (tradução livre das autoras).



obtidas, não só no ambiente marinho, mas, e máxime, da própria água do mar. Nas próximas linhas, analisam-se cada uma dessas energias marinhas.

## **2.1 Energia Eólica Marinha**

A ideia de aproveitamento do vento como fonte de energia tem registros na Babilônia em tempos remotos (1750 aC), pela utilização dos moinhos de vento, para moer grãos. Sabe-se que os persas herdaram essa cultura e fizeram dos moinhos sua principal fonte de energia agrícola. Entretanto, foi somente no início do século XI dC, que os europeus, principalmente os holandeses, desenvolveram o modelo de moinho que conhecemos e que ainda hoje é largamente utilizado.

Em tempos hodiernos, o modelo do moinho foi copiado e aperfeiçoado para gerar energia elétrica. Com grandes hastes e hélices enormes, essas estruturas metálicas são fincadas em áreas sabidamente de ventos fortes que fazem girar suas hélices e estas, acopladas às turbinas, geram energia.

Essa tecnologia, mais recentemente, foi transferida para o mar, apresentando uma série de vantagens em relação às estruturas de terra. Os ventos em alto-mar são mais fortes e mais constantes pela ausência de barreiras físicas, gerando energia de melhor qualidade.

Ainda, a base das turbinas funciona como um habitat de espécies marinhas de toda sorte, contribuindo positivamente para o ecossistema. Por último, a instalação no mar afasta a especulação imobiliária que torna cara a implantação dessas estruturas em terra, já que ocupam áreas extensas.

A energia eólica marinha, utilizada largamente em vários países do mundo, mais fortemente no norte da Europa, Estados Unidos, Austrália, China e Japão, é também aproveitada em menor escala em países da América do Sul, inclusive o Brasil.

Sem sombra de dúvidas, a eólica é a energia renovável mais desenvolvida, entre as marinhas, e pode-se afirmar que se encontra em fase madura, se comparada com as demais. É certo afirmar que a maioria das energias renováveis marinhas está em estágio embrionário de pesquisa.

## **2.2 Energia Geotérmica Marinha**

Energia geotérmica é aquela gerada por meio do aproveitamento do calor encontrada no interior da Terra, onde existe uma camada

pastosa (magma) que atinge temperaturas altíssimas. Quando essa camada é atingida a partir dos fundos oceânicos, essa energia é chamada de geotérmica marinha.

A energia é obtida por meio de centrais geotérmicas. O vapor, extraído do interior do magma, fornece a energia que alimenta os geradores das turbinas e estas produzem eletricidade. Esse vapor, posteriormente, transforma-se em água que é reaproveitada, sendo reenviada a um reservatório, para ser novamente aquecida.

Há algumas desvantagens nesse processo de obtenção de energia. Os fluxos de água geotérmicos são constituídos por gases, e esses gases acompanham o vapor de água que vai para as centrais geotérmicas. Torna-se inevitável que esses gases se dissipem na atmosfera, causando certa poluição, embora pequena.

Há, ainda, os prejuízos causados pelo ácido sulfídrico, incorporado no vapor extraído. Quando a concentração desse ácido é baixa, a inalação do gás causa náuseas. Se em concentrações mais altas, provoca sérios problemas de saúde, incluindo a possibilidade de morte por asfixia.

Desse modo, a manipulação dessa energia requer cuidados especiais para afastar os inconvenientes e minimizar as externalidades negativas. De outra mão, trata-se de energia renovável, já que o interior da Terra está em constante aquecimento. O custo de sua extração ainda é caro, mas se movimentado em grandes proporções será muito mais vantajoso que as demais energias não renováveis.

### **2.3 Bioenergia Marinha**

A bioenergia é obtida por meio de processo que aproveita as características de certos vegetais para produção de combustível. Já em larga escala de produção está o biodiesel extraído da soja e da mamona. Quando a energia é retirada de algas e outras plantas marinhas, essa energia é chamada de bioenergia marinha.

O óleo vegetal passa por um processo de transformação (transesterificação) até chegar ao biodiesel. Explica-se: o óleo vegetal é um triglicerídeo, ou seja, é formado por três moléculas de ácidos graxos e uma molécula de glicerina. A transesterificação consiste na retirada da glicerina para que o óleo fique mais fino e possa ser aproveitado como combustível.

Pesquisas no Japão, Argentina e Brasil demonstraram que o biodiesel pode ser extraído de algas marinhas e que esse processo é

mais vantajoso que os já existentes. Essas algas são retiradas do mar e plantadas em terra. Produzem mais óleo por hectare plantado que as fontes já exploradas e podem ser regadas com água do mar. Se plantadas próximo ao litoral as vantagens aumentam.

## **2.4 Energia Marítima**

Energia marítima, também conhecida como energia oceânica, é a energia obtida por três processos diferentes: cinemático, térmico e químico, a partir de seis fontes distintas que têm como origem a própria água do mar. Em razão da complexidade da produção dessas energias, estas serão tratadas em item apartado, como segue.

### **2.4.1 Energia renovável marítima**

Preferiu-se a nomenclatura “energia marítima” a “energia oceânica” para fazer distinção entre a espécie energia oceânica e a subespécie correntes oceânicas. Como dito anteriormente, a energia marítima é obtida por seis fontes diferentes, utilizando-se de processos cinemáticos, térmicos e químicos.

As seis fontes são: ondas, amplitude das marés, correntes de marés, correntes oceânicas, diferença de temperatura da água e diferença de salinidade. Nos subitens seguintes serão analisadas, uma a uma, as quatro primeiras subespécies. As fontes relacionadas com a diferença de temperatura da água e diferença de salinidade merecerão um estudo futuro.

#### **2.4.1.1 Energia das ondas**

A energia das ondas, também conhecida por ondomotriz é obtida por meio do aproveitamento do movimento oscilante das ondas do mar. Trata-se, portanto, de energia renovável extraída por processo cinemático, com agressão mínima ao meio ambiente.

Essa energia cinética, que aproveita o movimento ondular, é usada para pôr uma turbina em funcionamento. A elevação da onda em uma câmara de ar especial provoca a saída do ar lá contido. Esse ar expelido da câmara faz girar uma turbina, e a energia mecânica da turbina é transformada em energia elétrica por meio de um gerador.

Ainda, quando do movimento inverso, ou seja, quando a onda se desfaz e a água recua, o ar desloca-se em sentido contrário, passando

novamente pela mesma turbina. Esse movimento de saída e entrada de ar na câmara potencializa a geração de energia.

O processo descrito, não é o único. O movimento de subida e descida da onda também é utilizado para dar potência a um êmbolo que se move para cima e para baixo num cilindro. O êmbolo em movimento é suficiente para pôr um gerador em trabalho.

Desse modo, a energia das ondas é transformada em energia elétrica. Este tipo de tecnologia, ainda não disponível comercialmente, tem sido fonte de pesquisa em alguns países desde a década de 1970, começando em Portugal e, atualmente, também estudada no Reino Unido, Noruega, Estados Unidos, Austrália, Holanda, Dinamarca, Japão e Brasil.

Há uma variedade enorme de tecnologias em desenvolvimento para a produção de energia das ondas. Todos os sistemas, porém, têm como base a cinemática cíclica das ondas. Entretanto, o aproveitamento se dá de formas distintas, havendo dezenas de pesquisas diferentes, em locais variados.

O interesse pela energia das ondas tem crescido no mundo inteiro. Em Portugal foi criado o Centro de Energia das Ondas, uma associação internacional sem fins lucrativos. Há uma série de protótipos montada em várias partes do mundo, financiada por empresas privadas dos Estados Unidos, da Dinamarca, da Escócia, da Holanda e da Austrália.

No Brasil, ainda de forma experimental, foi lançada a primeira usina da América Latina movida pela força das ondas do mar (TORRES, 2012). Localizada no Porto de Pecém, a cerca de 60 km da capital do Ceará, Fortaleza, a usina já estava em funcionamento e uma equipe de pesquisadores fazia testes periodicamente. Infelizmente, vencidos pela crise financeira brasileira, atualmente, a usina de Pecém se encontra desativada e sem prazo previsto para a sua reativação (DIÁRIO DO NORDESTE, 2014).

Esse sistema de geração de energia foi criado pelo Instituto Alberto Luiz Coimbra, da Coordenação do Programa de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (COPPE), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e foi patenteado nos Estados Unidos. O sistema foi financiado pela Tractebel Energia, por meio do Programa de Pesquisa e Desenvolvimento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e tem o apoio do Governo do Estado do Ceará.

Algumas desvantagens estão sendo pesquisadas, na busca de se encontrar solução para tornar esse tipo de energia viável economicamente. Sabidamente há impactos ambientais, ainda que mínimos, em razão das instalações e seus riscos. A inconstância na altura das ondas gera uma

variação na produção de energia indesejável e a possibilidade de danos ao sistema, quando de condições meteorológicas extremas, como no caso de furacões, ainda é um desafio.

#### 2.4.1.2 Energia das amplitudes de marés

A energia que tem como fonte o fenômeno das marés (maremotriz) é uma forma de produção de energia obtida pela movimentação das águas dos mares, mais especificamente, por meio da utilização da energia retirada da cinemática das massas de água que ocorrem durante os fenômenos das preamares e baixa-mares.

Podem essas energias ser de dois tipos: pela cinemática vertical ou horizontal, esta pelas correntes de marés e aquela pelas amplitudes de marés.

O sistema de captação de energia pela amplitude de marés é aquele que aproveita o movimento regular de fluxo do nível do mar (preamar/elevação e baixa-mar/abaixamento). É muito semelhante a uma hidrelétrica: necessita de uma construção de barragem que forme um reservatório junto ao mar. Quando das preamares, a água entra e fica armazenada no reservatório, e, quando das baixa-mares, a água sai. Esse movimento vertical de saída aciona uma turbina que, diretamente ligada a um sistema de conversão, gera eletricidade.

Os franceses foram os pioneiros nesse tipo de construção de usina. A primeira a entrar em funcionamento foi em La Rance, na França, em 1966. Atualmente, essa forma de geração de energia tem sido utilizada e pesquisada em diversos países, entre eles o Japão, a Inglaterra, o Havai, o Canadá, o México, o Reino Unido, os Estados Unidos, a Argentina, a Austrália, a Índia, a Coreia, a Rússia etc.

Para que a barragem tenha eficácia na geração de energia de qualidade, é condição imprescindível haver uma amplitude de maré considerável (acima de sete metros). Portanto, não é em qualquer parte do planeta que se pode explorar esse tipo de energia.

No Brasil há condições favoráveis à exploração de energia maremotriz no litoral dos Estados do Maranhão, do Amapá e do Pará,

locais em que as amplitudes das marés chegam a oito metros. Apesar disso, o Brasil ainda não despertou o interesse nesse tipo de geração de energia.

#### 2.4.1.3 Energia das correntes de marés

Outro tipo de energia maremotriz, em sentido descoincidente ao da amplitude das marés, está a energia cinética das correntes das marés. Esta traduz-se em movimentos horizontais devido às enchentes e às vazantes. Essa cinemática pode gerar energia elétrica com o auxílio de turbinas horizontais de fluxo livre com três pás, muito semelhantes às turbinas eólicas. Entretanto, em razão de a água possuir densidade de massa oitenta vezes superior à do ar, as pás marítimas podem ser mais curtas, barateando consideravelmente o custo do sistema.

Outra diferença na geração de energia pelas correntes de maré, em relação à eólica, está no fato de o movimento das correntes ser invertido a cada período (aproximadamente de seis em seis horas), ocorrendo, assim, quatro vezes ao dia. Dessa forma, as pás são construídas para girar nos dois sentidos (horário e anti-horário), fazendo a turbina inverter o seu sentido de rotação a cada mudança de maré.

Essas turbinas são instaladas no fundo do mar, por meio de hastes verticais, sendo que suas pás são acionadas pelo movimento horizontal do fluxo das preamares e baixa-mares.

#### 2.4.1.4 Energia das correntes oceânicas

As correntes oceânicas são movimentos de massas de água que atravessam grandes extensões dos mares e oceanos. Essas correntes têm características tais que influenciam o clima das regiões por onde passam. Normalmente, mas com algumas exceções, possuem direções definidas, ou seja, são estudadas e conhecidas pelo homem.

As correntes oceânicas originam-se pelo movimento de rotação da Terra, sofrendo também influência dos ventos. Por transportarem umidade e calor afetam diretamente à biodiversidade marinha.

São correntes oceânicas conhecidas, entre outras: a do golfo do México (passa pela costa leste dos Estados Unidos e segue para Europa), a do Brasil, a de Humbolt, (oceano pacífico – efeito *El Niño*), a de Bengala (oceano índico), a das Malvinas etc.

O processo de obtenção de energia das correntes oceânicas é o mesmo das correntes das marés. As principais diferenças são: as correntes de maré ocorrem em razão do movimento das marés (preamares e baixamares), já as correntes oceânicas são geradas pela rotação da Terra e pelos ventos. As correntes de marés ocorrem nas regiões costeiras, enquanto as correntes oceânicas atravessam os mares e oceanos.

A desvantagem da corrente oceânica em relação à corrente de maré está no gasto com as estruturas para geração de energia. Nas últimas, as estruturas são menores (em razão da pouca profundidade) e perto da costa, enquanto nas primeiras, necessitam maiores extensões para atingir grandes profundidades nas regiões oceânicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise apresentada, ainda que de forma embrionária, se espera que as externalidades positivas superem em muito as negativas pelo emprego da Paradiplomacia na pesquisa e implementação das energias renováveis marinhas. Essa, certamente, é uma “luz no fim do túnel” já que a produção de energias não renováveis encontra-se “com os dias contados”, como amplamente divulgado pelos pesquisadores de todo planeta. É de conhecimento comum, também, que as opções disponíveis para as energias em extinção, como no caso do xisto, trariam enorme prejuízo para o meio ambiente e, conseqüentemente, para toda a humanidade, fazendo a expectativa quanto às renováveis seja ainda maior.

Da mesma forma, tendo em vista que na maioria dos países federados os entes subnacionais têm interesse na exploração do mar coincidente com a sua costa, na medida em que recebem *royalties* como uma espécie de participação do lucro, obviamente que haverá interesse de cooperação sobretudo de trabalho em regime de Paradiplomacia desses estados com outros e internacionais também exploradores dessas energias marinhas.

Portanto, a cooperação na pesquisa e desenvolvimento das energias renováveis, em especial as marinhas, é essencial para que se apresente uma solução à altura do problema energético que o mundo enfrentará em curto prazo. Os encontros, mesas redondas, rodadas de negócios e outras estratégias, tão bem empregados pelos entes subnacionais, sem dúvida

alguma, podem acelerar o processo de estabelecimento dessa tão almejada e necessária substituição energética.

## REFERÊNCIAS

BECHARA, Evanildo. **Moderna Gramática Portuguesa**, 37<sup>a</sup> ed. rev., ampla. e atual. Conforme o novo Acordo Ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

ALMEIDA. **Eclesiastes**. In: **Bíblia Online** pt. corr. e rev. Editora Fiel. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/ec/4>. Acesso em 02/03/2017.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. **O poder de celebrar tratados**. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

CASTELOS, Montserrat A. **Marine Renewable Energizes: Opport., Law, and Manag.** Disponível em <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00908320.2014.898926?journalCode=uodl20>. Acesso em 05/03/2015.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Usina de Ondas do Pecém está abandonada**, 30/09/2014. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/negocios/usina-de-ondas-do-pecem-esta-abandonada-1.1112312>. Acesso em: 25/01/2016.

DIAS, Reinaldo. **Um tema emergente nas Relações Internacionais: A paradiplomacia nas cidades e municípios**. Revista Âmbito Jurídico, No 76, ago. 2010. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/8156.pdf>> Acesso em 17/03/2016.

GONCALVES, Alcindo; REI, Fernando (Org.). **Governança e Paradiplomacia Ambiental**. Santos/SP: Leopoldianum, 2015.

KLEIMAN, Alberto. **A Cooperação internacional federativa como política de Estado**. in RODRIGUES, Gilberto M. A.; XAVIER, Marcos; ROMÃO, Wagner de Melo; RODRIGUES, Thiago. Cidades em relações internacionais. São Paulo: Desatino, 2009.



LA CROIX. *Le Mans-Paderborn, le plus ancien jumelage d'Europe!*  
Disponível em: [http://www.la-croix.com/Actualite/Monde/Le-Mans-Paderborn-le-plus-ancien-jumelage-d-Europe-!-NG\\_-2012-12-06-884406](http://www.la-croix.com/Actualite/Monde/Le-Mans-Paderborn-le-plus-ancien-jumelage-d-Europe-!-NG_-2012-12-06-884406). Acesso em: 30/04/2015.

MANCUSO, Eduardo. **O futuro das redes de cidades**. in RODRIGUES, Gilberto M. A.; XAVIER, Marcos; ROMÃO, Wagner de Melo; RODRIGUES, Thiago. **Cidades em relações internacionais**. São Paulo: Desatino, 2009.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**, Tomo I. Prof. Dr. Darcy Carvalho. São Paulo: Brasil, 2015.

REI, Fernando. *Paradiplomacia Ambiental: La cooperación descentralizada hispano-brasileña*. In: SILVA, Karine de Souza; CASTRILLON, Carmen Otero G. (Org.). **Direito Internacional, Direito Comunitário Europeu**. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Madri/ES: Laborum Ediciones, 2016.

RIBEIRO, Fábio Pereira. **Paradiplomacia - enfoque estratégico para os Estados e Municípios**. In: **Exame.com**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/brasil-no-mundo/2014/05/28/paradiplomacia-enfoque-estrategico-para-estados-e-municipios/>. Acesso em 20/03/2016.

SANTANA, João L. **O papel da Paradiplomacia nas Relações Internacionais**: a ascensão das unidades subnacionais num contexto mundial globalizado. Dissertação. Programa de Graduação em Línguas Estrangeiras Aplicadas às Negociações Internacionais. Bahia, Univ. Estadual de Santa Cruz, 2009. Disp. em: [http://www.uesc.br/cursos/graduacao/bacharelado/lea/papel\\_paradiplomacia.pdf](http://www.uesc.br/cursos/graduacao/bacharelado/lea/papel_paradiplomacia.pdf). Acesso em 16/03/2016.

TORRES, Sérgio. **Primeira usina de energia a partir de ondas já opera em Pecém**. In: GLOBO.COM. **O Globo**, 04/11/2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/primeira-usina-de-energia-partir-de-ondas-ja-opera-em-pecem-6633938>. Acesso em: 28/04/2015.

VENTURINI, Flávio (música); RUSSO, Renato (letra). **Mais Uma Vez**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IcdmbK0Jpaw>. Acessado em: 30/04/2015.

VIARO, Mário Eduardo. **Etimologia**. São Paulo: Contexto, 2016.



# POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR: INTERFACES ENTRE O DIREITO E A COMUNICAÇÃO SOCIAL\*

## *PUBLIC POLICIES ON ACCESSIBILITY AND INCLUSION IN HIGHER EDUCATION: INTERFACES BETWEEN LAW AND SOCIAL COMMUNICATION*

Carlo José Napolitano\*

Victor Dantas de Maio Martinez\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Políticas públicas de acessibilidade e inclusão e sua perspectiva no ensino superior. 2 Relações entre as funções do direito e da comunicação nas políticas públicas. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Trata-se o presente trabalho de relato parcial de pesquisa cujo objetivo geral é analisar as políticas públicas de acessibilidade e inclusão em uma instituição de ensino superior (IES) pública paulista. O problema considerado pela pesquisa foi a necessidade de identificação de características intrínsecas às políticas públicas em questão, relacionadas à comunicação e ao direito. Para tal, este artigo abordará os campos de atuação da comunicação social nas políticas públicas de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência no ensino superior, para então sugerir relações entre as práticas da comunicação e os papéis do direito nessas políticas, conforme descritos por referenciais teóricos. A metodologia baseia-se em revisão da literatura relacionada aos temas e em análise de natureza indutiva. O trabalho conclui que o aperfeiçoamento das práticas comunicacionais deve ser almejado pela gestão das universidades, com a finalidade de beneficiar tanto o desenvolvimento quanto a análise das políticas públicas de acessibilidade e inclusão.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Acessibilidade e inclusão. Pessoas com deficiência. Ensino superior. Comunicação Social. Direito.

**ABSTRACT:** *This paper is a partial report on a study which aims to analyze the public policies of accessibility and inclusion in a public higher education institution in the state of São Paulo, Brazil. The problem considered by the research was the need of identifying intrinsic characteristics of said public policies, related to communication and law. In order to do so, the paper addresses the potential roles of social communication public policies on accessibility and inclusion for people with disabilities in higher education, and then suggests relations between communication practices and the roles of Law Studies in these policies, as described by theoretical references. The methodology is based on literature review regarding the themes and on analysis of inductive nature. This paper concludes that the improvement of communication practices should be sought by the universities' administrators, in order to benefit both the development and the analysis of the public policies on accessibility and inclusion.*

---

\* O presente estudo é uma adaptação do trabalho apresentado no XXXIX Congresso Brasileiro de Ciência da Comunicação, organizado pela **Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação - INTERCOM**, realizado nos dias 05 a 09 de setembro de 2016, na Universidade de São Paulo.

\*\* Professor do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - UNESP/Bauru. Pós-doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

\*\*\* Graduando em Jornalismo pela Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - UNESP/Bauru/SP.

**Como citar:** NAPOLITANO, Carlo José; MARTINEZ, Víctor Dantas de Maio.

Políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior: interfaces entre o Direito e a Comunicação Social. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 147-164, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata-se de relato parcial de pesquisa integrante de projeto em rede financiado pelo Observatório da Educação - OBEDUC/CAPES, Processo - 23038.002628/2013-41. Especificamente, a pesquisa buscou analisar as políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior, a fim de eventualmente propor melhorias e/ou até novas políticas.

Em etapas iniciais, a pesquisa assumiu caráter interdisciplinar ao unir a teoria do Direito com técnicas da Comunicação Social. Os resultados preliminares revelaram, por diversas razões mencionadas nas considerações finais, que uma análise jurídica das políticas públicas de acessibilidade e inclusão na IES investigada seria beneficiada com a resolução de problemas de ordem comunicacional por parte dos agentes dessas políticas, objetivo específico do presente trabalho.

Essa realidade particular serviu como ponto de partida para a investigação geral sobre os papéis da comunicação social nas políticas públicas. Para buscar soluções às carências comunicacionais encontradas, o problema de pesquisa passou a ser a necessidade de identificação das maneiras como a comunicação social se apresenta nas políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior e quais suas atribuições.

A fim de responder ao problema, a pesquisa tomou como referencial teórico a análise de Coutinho (2013) sobre o direito nas políticas públicas (reconhecendo e preservando a relevância da teoria jurídica no objeto estudado), na qual o autor estabelece quatro dimensões constitutivas das políticas públicas. A partir dessas dimensões, que correspondem aos papéis do direito, a pesquisa fez relações e identificou os papéis da comunicação social nas políticas públicas. A metodologia empregada contou com a revisão da literatura acerca dos temas tratados e com análise de natureza indutiva, partindo da realidade particular observada à investigação geral desenvolvida.

Este trabalho, portanto, visa propor ligações entre funções da comunicação e do direito nas políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior. Para tanto, está estruturado da seguinte maneira: a primeira seção, embasada em teorias jurídicas, conceitua políticas públicas e discute suas particularidades no ensino superior; a segunda seção propõe conexão entre os papéis do direito e os da comunicação, em

suas respectivas dimensões, nas políticas públicas; já a terceira, em vias de conclusão, apresenta considerações sobre a relação entre a comunicação e o direito nas políticas públicas, defendendo que o aperfeiçoamento das práticas comunicacionais favorece a efetivação e o desenvolvimento das políticas públicas de acessibilidade e inclusão. Conseqüentemente, uma otimização da comunicação possibilita que a análise jurídica das políticas públicas seja mais precisa, conferindo também maior legitimidade às melhorias ou às novas políticas que possam ser futuramente propostas.

## **1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO E SUA PERSPECTIVA NO ENSINO SUPERIOR**

Vários pesquisadores, de diversos ramos do direito (constitucional, administrativo, econômico), enfrentam a questão das políticas públicas. Ao que parece, o que é comum na análise jurídica das políticas públicas é o foco privilegiado atribuído às ações do Estado e do governo nessa seara.

No campo do direito econômico/constitucional, Grau (2003, p 25), por exemplo, menciona que “A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”, é, portanto, “toda atuação estatal .... expressiva de um ato de intervenção”. Nesse sentido “A mera produção do direito ... desde logo consubstanciam expressões de atuação interventiva estatal”. O advento do Estado intervencionista desencadeia um salto quantitativo e qualitativo nas formas de atuação do Estado.

O marco histórico dessa guinada intervencionista, de acordo com Ramos (2007, p. 330), pode ser considerado “A partir do advento das Constituições social-democráticas, capitaneadas pela Constituição alemã de Weimar, de 1919”. Nesse período, os direitos econômicos e sociais passaram a ter “reconhecimento normativo e doutrinário”, constituindo “uma profunda reformulação no papel do Estado democrático, do qual se passa a exigir que proporcione as condições materiais necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.”

Nesse momento,

O Estado, então já não “intervém” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas - atua não apenas

como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador (GRAU, 2003, p. 26).

Ainda de acordo com Grau (2003, p. 26)

Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública - o direito é também, ele próprio, uma política pública.

Na seara do direito administrativo, o papel privilegiado do Estado também parece ser a tônica das análises. Bucci (2013, p. 38-39) adota o ponto de vista do Estado para a análise das políticas públicas. Para a autora, política pública é definida como programa de ação governamental e reside no movimento da máquina pública, a partir do impulso do governo.

Políticas públicas, portanto, “consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressam o Estado em movimento”. (BUCCI, 2013, p. 39), ou, em outros termos, “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados.” (BUCCI, 2006, p. 11).

No mesmo sentido e no mesmo campo do direito administrativo, Coutinho (2013, p. 193) indica que

o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação do problema (que pode ser ele próprio um gargalo jurídico), na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas.

Partindo da premissa de que o Direito permeia intensamente as políticas públicas, Bucci (2006, p. 11) indica que elas

têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviços público, por exemplo.

Seguindo essa lógica, as políticas públicas de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência no ensino superior encontram amparo em diversos suportes legais.

A Constituição Federal de 1988 assegura, por exemplo, em diversos artigos, direitos fundamentais às pessoas com deficiências, principalmente com o objetivo de promover a proteção e a integração social desses cidadãos, como conclui Napolitano (2010, p. 107), após revisão desses aspectos no texto constitucional:

[...] a proteção jurídica e a integração social das pessoas com deficiência fazem parte do catálogo dos direitos fundamentais previstos na constituição brasileira e estão ligadas intimamente ao direito de igualdade, o que possibilita um tratamento jurídico privilegiado para as pessoas com deficiência, concretizando-se o respeito às diferenças e à diversidade. Em outros termos, a inclusão social somente ocorre quando o Estado, por intermédio das suas instâncias reguladoras, viabiliza formas de atendimento diferenciadas em função de características ou situações específicas.

No entanto, é necessário ressaltar que a Constituição não trata especificamente de medidas de acessibilidade ou inclusão, mas sim da garantia aos direitos das pessoas com deficiências. Por essa razão o autor menciona o intermédio das instâncias reguladoras do Estado, que atuarão diretamente para concretizar esses direitos por meio de políticas públicas destinadas às pessoas com deficiências.

O texto constitucional prevê, por exemplo, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (artigo 208, III), de modo a garantir esse direito. A efetivação dessa educação especializada, porém, será concretizada por outros órgãos ligados ao Estado (universidades públicas, como exemplo, que serão fiscalizadas pelo Ministério Público e outros mecanismos do governo), de acordo com as políticas públicas implantadas nos respectivos âmbitos desses órgãos.

Em termos de legislação infraconstitucional e infralegal, até pouco tempo, as normativas que versavam sobre acessibilidade no Brasil eram poucas, insuficientes e não muito efetivas. Duas leis (nº 7.853/89 e nº 10.098/00), três decretos (nº 3.298/99, nº 5.296/04 e nº 7.611/11) e duas portarias (nº 1.793/94 e nº 3.284/03) tratavam brevemente do tema em nível um pouco mais abrangente, porém sem considerar a acessibilidade em sua devida amplitude. Esse cenário começou a mudar graças à aprovação da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como a Lei

Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência – uma compilação bem mais estruturada, ampla e coesa sobre acessibilidade e inclusão do que qualquer legislação anterior.

A prévia ausência de legislação federal adequada certamente influenciou o fato de que muitas políticas públicas de acessibilidade e inclusão em universidades brasileiras não são formalizadas na figura de dispositivos legais. Tal realidade, aliada ao entendimento do Conselho Estadual de Educação de São Paulo sobre a autonomia das universidades paulistas que, basicamente, defende a liberdade e a insubordinação às diretrizes nacionais do Ministério da Educação, resultou em políticas públicas não tão “formais” praticadas nas IES estaduais a partir de iniciativas endógenas.

Tendo em vista esse aspecto e a afirmação de Bucci (2006) de que as políticas públicas podem ser expressas em diversos suportes legais, a pesquisa considerou que as políticas públicas de acessibilidade e inclusão podem se manifestar por meio de ações afirmativas praticadas por órgãos administrativos (diretorias) dos *campi* universitários.

Diante do que foi exposto nesta seção, a questão da acessibilidade e inclusão das pessoas com deficiência no ensino superior podem ser consideradas como ações interventivas do Estado no campo social, no intuito de promover condições materiais educacionais, possibilitando-se o desenvolvimento pleno dos seres humanos.

Portanto, as ações afirmativas (que são políticas públicas permeadas pelo direito, como será mostrado adiante) de acessibilidade e inclusão desenvolvidas por um campus universitário passaram a ser o objeto de análise jurídica e comunicacional na pesquisa. A relação entre os papéis do direito e os da comunicação social será exposta a seguir.

## **2 RELAÇÕES ENTRE AS FUNÇÕES DO DIREITO E DA COMUNICAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Mesmo na figura de ações afirmativas, essas políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior estão permeadas pelo direito, seja “na identificação do problema [...], na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas” (COUTINHO, 2013, p. 18), em maior ou menor grau dependendo dos respectivos papéis desempenhados pelo direito em cada política pública.



Em uma perspectiva funcional, Coutinho (2013, p. 23) descreve quatro maneiras diferentes pelas quais o direito interage com as políticas públicas: como definidor de objetivos (dimensão substantiva); como arranjos institucionais para articular a política pública (dimensão estruturante); como ferramenta para implantar as finalidades dela (dimensão instrumental); e como vocalizador de demandas, assegurando a participação e a mobilização dos interessados (dimensão participativa).

Levando em conta as dimensões de cada função do direito nas políticas públicas, propõe-se a relação de uma prática comunicacional (de dimensão equivalente) que sirva como ferramenta para a efetivação e o desenvolvimento das políticas. A seguir, serão conceituados esses quatro papéis do direito de acordo com Coutinho (2013, p. 23) e, ao mesmo tempo, serão sugeridas as relações com as respectivas atribuições da comunicação.

O direito como objetivo estipula fins para as políticas públicas e determina o que deve ser. Desta forma, a integração social de pessoas com deficiência é um direito fundamental que deve ser perseguido (fim), de modo que desse direito emana a finalidade jurídica das políticas públicas: promover acessibilidade e inclusão no ensino superior.

Pensando na comunicação como objetivo, ela seria responsável por determinar o que deve ser comunicado, além de traçar metas e objetivos a serem atingidos com esse ato de comunicar. Em se tratando de práticas comunicacionais, podemos ver essa incumbência de duas maneiras: *stricto sensu*, seria dizer que deve ser feito um verdadeiro trabalho de “assessoria de imprensa” da política pública, com um planejamento estratégico de comunicação que opere particularmente a divulgação de informações; ou *lato sensu*, talvez o sentido mais propício, seria afirmar somente que a comunicação como objetivo, em sua dimensão substantiva (essencial; material) na política pública, tem a simples finalidade de comunicar.

Um conceito interessante que complementa essa ideia é a noção de “comunicação pública” – considerando a comunicação atrelada às políticas públicas, em universidades públicas –, como definida por Duarte (2007, p. 2):

A comunicação pública ocorre no espaço formado pelos fluxos de informação e de interação entre agentes públicos e atores sociais [...] em temas de interesse público. Ela trata de compartilhamento, negociações, conflitos e acordos na busca do atendimento de interesses referentes a temas de relevância coletiva. A comunicação pública ocupa-se da viabilização do direito social coletivo e individual ao diálogo, à informação

e expressão. Assim, fazer comunicação pública é assumir a perspectiva cidadã na comunicação envolvendo temas de interesse coletivo.

Informar, no sentido de trazer a público, é uma atribuição primordial e substancial da comunicação pública. Além disso, tendo em mente as políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior, a divulgação certamente é um instrumento importante para a conscientização dos sujeitos alheios àquelas políticas.

Em um ambiente universitário, informar docentes, servidores e estudantes sobre como as ações afirmativas realmente preservam direitos fundamentais das pessoas com deficiência é uma prática necessária, tanto para reafirmar a validade da política pública, quanto para disseminá-la e angariar apoio em sua efetivação. Somente a partir de uma universidade esclarecida sobre acessibilidade e inclusão é possível gerar mobilização e assegurar o desenvolvimento das políticas públicas.

Com relação ao segundo papel do direito nas políticas públicas, enquanto arranjo institucional, ele articula e coordena relações, definindo tarefas e dividindo competências. Na prática, significa instituir a que órgão compete promover a política pública, qual profissional desse órgão executa determinada função – em suma, as atribuições estruturais do direito.

No contexto do ensino superior, a área mais adequada da comunicação responsável por lidar com questões estruturais seria a comunicação organizacional, na perspectiva da comunicação integrada. É justamente nesse âmbito que o processo de comunicação é organizado, com a definição de ações, competências e estratégias, finalizando com a mensuração de resultados.

Essa estruturação se dá a partir da convergência de áreas da comunicação, como explica Kunsch (2003, p. 150):

Entendemos por comunicação integrada uma filosofia que direciona a convergência das diversas áreas, permitindo uma atuação sinérgica. Pressupõe uma junção da comunicação institucional, da comunicação mercadológica, da comunicação interna e da comunicação administrativa, que formam o *mix*, o composto da comunicação organizacional.

Não é um equívoco tratar as gestões das universidades públicas como organizações, mesmo sabendo que a comunicação organizacional costumeiramente se relaciona com a comunicação de empresas ou corporações. Ainda segundo Kunsch (2003, p. 150):

A nosso ver, o termo comunicação “organizacional”, que abarca todo o espectro das atividades comunicacionais, apresenta maior amplitude [que os termos comunicação corporativa e comunicação empresarial], aplicando-se a qualquer tipo de organização – pública, privada, sem fins lucrativos, ONGs, fundações etc., não se restringindo ao âmbito do que se denomina “empresa”.

Sendo assim, a comunicação integrada pode desenvolver a articulação das práticas comunicacionais relacionadas à política pública, seja na ordem da comunicação interna (os agentes que promovem as políticas públicas dialogarem e trocarem informações, fazendo reuniões, participando em todos os níveis); na da administrativa (saberem que trabalhos estão sendo desenvolvidos entre as diversas seções das diretorias, conhecendo a estrutura interna de organização e as respectivas funções administrativas, em prol de maior eficiência da repartição); na da institucional (terem em mente a visão, a filosofia e os valores propagados – no caso, garantia de direitos às pessoas com deficiência, por meio da acessibilidade e da inclusão); ou na da mercadológica (em termos de gestão no ensino superior público, a ênfase seria na divulgação dos serviços prestados – uma vez que outros aspectos da comunicação mercadológica não se aplicam às diretorias das IES públicas, como a publicidade em torno de objetivos mercadológicos).

Já a terceira atribuição, o direito como ferramenta, trata-se do meio de realização das políticas públicas, ao oferecer instrumentos e veículos para a implementação de seus fins. Conforme visto anteriormente, no caso do ensino superior, as políticas públicas se desenvolvem prioritariamente a partir de ações afirmativas; no entanto, existem também situações em que decretos ou portarias da universidade regem políticas públicas de acessibilidade e inclusão; ou dispositivos legais de órgãos fiscalizadores, como um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) imposto pelo Ministério Público.

Assim como no direito, a dimensão instrumental da comunicação representaria uma “caixa de ferramentas” (COUTINHO, 2013, p. 23): são os meios de comunicação à disposição dos agentes das políticas públicas. Buscar maneiras para utilizar esses instrumentos adequadamente seria a tarefa desse aspecto da comunicação.

A importância dos meios de comunicação foi explorada com bastante ênfase por Marshall McLuhan, com o uso da emblemática frase “o meio é a mensagem”. Sobre isso, Martino (2008, p. 145) escreve:

A problematização da invisibilidade do meio de comunicação é uma das maiores conquistas do saber comunicacional. Trata-se de uma tese derivada da tese central de McLuhan: o meio é a mensagem, cujo sentido fundamental encerra duas asserções: a) o meio não é a mensagem (distinção entre meio e conteúdo da mensagem); b) o efeito dos meios (e não o das mensagens) é o mais importante. A leitura do capítulo inicial de sua principal obra, *Understanding media*, cujo título traz exatamente a famosa frase, permite observar que a maior parte do texto é dedicada à distinção entre meio e conteúdo (da mensagem) e que o termo “mensagem” é usado de maneira não usual, como “significado” ou “efeito”. Sem o peso do idioleto mcluhaniano (que usa o termo “mensagem” num sentido muito particular e em oposição a “conteúdo”), fica claro o deslocamento da análise, marcando a importância do meio e distinguindo-o da mensagem.

Menos paradoxal do que aparenta, a frase o “meio é a mensagem” simplesmente indica que é o meio que “diz”, que “atribui significado”, que “dá sentido”, que é “significante”, portanto, o que é significativo não é a mensagem, mas o meio. Embora a mensagem possa provocar efeitos, estes são incomparavelmente menos importantes que aqueles provocados pelos meios de comunicação. Em outras palavras, é o meio que interessa.

Embora existam argumentos que contrariem em partes o pensamento de McLuhan nas teorias da comunicação mais recentes (como a das mediações de Jesús Martín-Barbero, que desloca a atenção dos meios às mediações), a ideia de que os meios desempenham um papel fundamental na comunicação continua consistente (mesmo na teoria das mediações, uma vez que os meios podem ser considerados elementos mediadores que influenciam o processo comunicacional).

Adicionalmente, em uma visão um pouco mais ampla, não seria equivocado pensar a própria linguagem (verbal ou não verbal) na figura de um recurso a ser utilizado instrumentalmente pela comunicação nessa dimensão, já que a escolha de palavras e de elementos visuais reflete ideologias e informações – também comunica. É importante ressaltar ainda que cada meio possui uma linguagem apropriada, de modo que pensar qual seria esta no meio pretendido é mais um exemplo de uso instrumental na comunicação.

Tendo em conta o contexto sociocultural de uma universidade, a comunicação na condição de ferramenta deve essencialmente considerar como a linguagem deve ser utilizada e quais meios favoreceriam as informações comunicadas, de acordo com o tipo de conteúdo divulgado, com a disponibilidade de produção da informação, com a recepção do público almejado e, evidentemente, com os recursos de acessibilidade para os devidos meios<sup>1</sup>.

Por fim, o direito como vocalizador de demandas assegura a participação, *accountability* e mobilização; atua provendo (ou desprovendo) mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta aos interessados nas políticas públicas (COUTINHO, 2013, p. 22). No caso das políticas de acessibilidade e inclusão no ensino superior, trata-se de garantir voz às pessoas com deficiências para elaborar novas políticas públicas ou aprimorar as vigentes.

O papel da comunicação nessa dimensão seria bastante similar: assegurar a participação dos interessados nas políticas públicas por meio da criação de canais adequados para comunicação, a fim de receber o *feedback* das pessoas com deficiência, o que seria importante para descobrir necessidades de elaboração de novas políticas ou de adaptação das existentes; assim como para avaliar a efetividade e a eficácia<sup>2</sup> das políticas públicas instauradas (trabalho este da análise jurídica, que poderia ser facilitado com a dimensão participativa da comunicação).

É interessante retomar o caráter da comunicação pública para compreender a instância participativa da comunicação. Sob essa perspectiva, Mainieri e Ribeiro (2011, p. 53) escrevem:

O intuito precípua da comunicação pública é transmitir informação de interesse público aos cidadãos [dimensão substantiva, como tratada neste artigo], o que se constitui em passo inicial para estabelecer um diálogo e uma relação

---

<sup>1</sup> O projeto em rede do OBEDUC/CAPES, ao qual pertence esta pesquisa, tem desenvolvido e estudado mídias instrumentais acessíveis em IES públicas, como objetivo de alguns de seus subprojetos. Os resultados incluem produtos tais quais audiodescrições e legendas para surdos e ensurdecidos, ou conteúdos em vídeo com intérprete de libras; além de discussões sobre acessibilidade e inclusão nos meios, como programetes radiofônicos informativos, ou avaliações de acessibilidade em portais eletrônicos de universidades públicas brasileiras.

<sup>2</sup> “O grau de efetividade reflete a intensidade em que as práticas e comportamentos sociais sofreram alterações após a promulgação de uma certa norma jurídica. Já o nível de eficácia volta-se para apurar se há relação de causalidade entre a adoção de novas práticas e comportamentos e as normas jurídicas que incidem sobre os agentes” (COUTINHO, 2013, p. 6).

entre Estado e sociedade. Cabe pontuar que toda e qualquer informação referente a instituições, serviços e contas públicas é um direito assegurado ao cidadão. Quando a comunicação pública cumpre seu primeiro papel, que é informativo, abre espaço para que exista diálogo e participação recíproca.

E finalizam:

De acordo com Zémor (1995), “espera-se da comunicação pública que sua prática contribua para alimentar o conhecimento cívico, facilitar a ação pública e garantir o debate público”. Assim, podemos entender que não basta apenas a divulgação das informações das instituições públicas, fazendo-se necessário propiciar uma troca, um debate em torno de assuntos de interesse e relevância pública [...]. (MAINIERI; RIBEIRO, 2011, p. 53).

Ao analisar o papel da comunicação pública para o sucesso da governança<sup>3</sup>, Novelli (2006, p. 83) faz algumas considerações sobre o processo de *feedback* dos cidadãos em ações públicas:

Esse controle [comunitário na administração pública] pode se dar de maneira resolutiva, como a criação de conselhos que auxiliam na gestão das políticas públicas [...]. A maior vantagem desse tipo de participação é que ela é capaz de agregar a experiência e a proximidade dos próprios cidadãos que utilizam os serviços públicos.

O controle comunitário também pode se dar de forma consultiva, quando o cidadão é convidado a expressar sua opinião sobre os variados temas públicos. Os conselhos consultivos existentes em várias esferas do poder são exemplos desse mecanismo, bem como as audiências públicas e as pesquisas de opinião. Nesses casos, o objetivo é estabelecer canais de *feedback* com a sociedade para que as ações públicas possam ser readequadas de acordo com o ponto de vista dos cidadãos, e não apenas a partir da lógica burocrática tradicional.

---

<sup>3</sup> O conceito de “comunicação pública” tem sua origem no de “comunicação governamental”. Sobre o tema, Brandão (2006, p. 10) afirma: “É com este sentido de informação e construção de cidadania que no Brasil o termo comunicação pública vem se afirmando, ainda que o viés da comunicação governamental seja uma tendência mais forte para a identificação do conceito de comunicação pública, em detrimento de conceitos mais utilizados historicamente na área governamental, como comunicação política, publicidade governamental ou propaganda política.”

Apesar do foco na governança, o excerto supracitado deixa clara a importância do *feedback* para readequação de ações públicas. Para a acessibilidade e a inclusão no ensino superior, as pessoas com deficiência indubitavelmente se encaixam na categoria de cidadãos com “experiência e proximidade”, de modo que, a partir dos canais de comunicação oportunos, a participação desses indivíduos nas políticas públicas seria algo imprescindível.

Outro ponto interessante das considerações de Novelli é o fato de a autora afirmar que o processo de *feedback* permite a readequação das ações públicas “não apenas a partir da lógica burocrática tradicional”; da mesma maneira escreve Coutinho (2013, p. 22) – em passagem já referida, que agora convém resgatar – ao dizer que “o direito [como vocalizador de demandas] pode prover (ou desprover) as políticas de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos”.

Tendo sido expostas as funções do direito nas políticas públicas e sugeridas suas relações com papéis da comunicação dentro das respectivas dimensões, têm-se uma ideia de como as práticas comunicacionais podem ser desenvolvidas, em paralelo com o direito, nas políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A simbiose proposta neste artigo entre o direito e a comunicação social não é algo infundado ou tirado ao acaso; no desenvolvimento inicial desta pesquisa, cujo objetivo geral é a análise jurídica das políticas públicas de acessibilidade e inclusão em uma determinada IES pública paulista, foram realizadas entrevistas com todas as diretorias do Câmpus em questão, a fim de se fazer um levantamento das ações afirmativas praticadas, que poderia auxiliar posteriormente na análise definitiva das políticas públicas.

No entanto, em algumas ocasiões, a pesquisa esbarrou em diversos obstáculos de ordem comunicacional ao tentar entrevistar alguns órgãos administrativos da universidade: desinformação interna em diretorias; falhas organizacionais quanto ao conhecimento das próprias competências; pouco ou nenhum interesse em comunicar; incongruência em informações de diferentes setores de uma mesma faculdade; inadequação ou insuficiência das respostas; entre outros.

Ainda assim, o levantamento foi finalizado, e a experiência de realizá-lo atraiu atenção para outro problema além da questão jurídica na análise das políticas públicas de acessibilidade e inclusão no ensino superior: carências de práticas comunicacionais apropriadas para que o desenvolvimento e a efetivação dessas políticas possam ocorrer devidamente. Enquanto uma análise jurídica tinha preocupação apenas com o direito nas políticas públicas, os problemas encontrados revelaram que um maior cuidado com a comunicação poderia beneficiar a maneira como essas políticas são implantadas, favorecendo sua continuidade e seu aprimoramento.

Nesse momento, o problema de pesquisa passou a ser identificar os modos como a comunicação social está presente nas políticas públicas. Para isso, elas foram pensadas como compostas por quatro dimensões inerentes, observadas por Coutinho na forma de âmbitos em que o direito permeia as políticas; a partir das mesmas dimensões, foram relacionadas as funções do direito (fins, arranjos, meios e participação) aos papéis de práticas comunicacionais (talvez “informação, organização, aparelhamento e diálogo”, simplificando cada dimensão em uma palavra, na tentativa de atingir o nível didático de Coutinho), de modo que essa relação produziu resultados satisfatórios na forma de atribuições da comunicação social.

Com a utilização conveniente da comunicação nas quatro instâncias, a maioria dos problemas corriqueiros de ordem comunicacional, em termos de diretorias em universidades públicas, seria atenuada. Sem esses entraves comunicacionais, as políticas públicas só teriam a ganhar com a difusão de suas legitimidades; a organização interna dos agentes; melhor articulação com o Câmpus; sua operacionalização e seu planejamento; a participação dos principais sujeitos interessados – as pessoas com deficiência; entre outras vantagens.

O uso adequado dessas práticas também seria positivo para a análise jurídica das políticas públicas, meta final desta pesquisa, já que a melhoria da comunicação resultaria em aumento significativo da quantidade e da qualidade de informações. Tendo por base a relevância da observação empírica (COUTINHO, 2013) de modelos concretos (BUCCI, 2008) quase obrigatória para a análise de políticas públicas, saber mais e com maior precisão sobre as políticas em vigor seria importante para alinhar as vias jurídicas de avaliação com a realidade a ser analisada.

Os benefícios às políticas públicas em si ocorreriam de várias maneiras, algumas das quais estão expostas neste artigo; detalhar



especificamente é um verdadeiro desafio, visto que eles dependem de qual política está em questão, de como ela está sendo executada, do que carece em termos de comunicação, entre outras condições. A partir da visão geral que este trabalho assume adotar, uma coisa é certa: aperfeiçoar a comunicação nas políticas públicas ajudaria a universidade a enxergar os delicados temas de acessibilidade e inclusão com a cautela e o apreço necessários.

Apenas cumprindo este pré-requisito (ainda utópico) é que se torna possível pensar uma universidade pública plenamente acessível (nos múltiplos sentidos de acessibilidade – arquitetônica, instrumental, pedagógica, metodológica, atitudinal) e inclusiva (tanto no ingresso quanto na permanência das pessoas com deficiência).

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Elizabeth Pazito. Usos e significados do conceito comunicação pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 29., 2006, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: UnB, 2006. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2006/resumos/R1037-1.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10048.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm)>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. Portaria nº 1.793, de dezembro de 1994. Dispõe sobre a necessidade de complementar os currículos de formação de docentes e outros profissionais que interagem com portadores de necessidades especiais e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/port1793.pdf>>. Acesso em:

\_\_\_\_\_. Portaria nº 3.284, de 7 de novembro de 2003. Dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/port3284.pdf>>. Acesso em:

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-47. Disponível em: <[https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/1705981/mod\\_resource/content/1/BUCCI\\_Maria\\_Paula\\_Dallari\\_O\\_conceito\\_de\\_politica\\_publica\\_em\\_direito.pdf](https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/1705981/mod_resource/content/1/BUCCI_Maria_Paula_Dallari_O_conceito_de_politica_publica_em_direito.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Notas para uma metodologia de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 225-260. Disponível em: <[https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/1706397/mod\\_resource/content/1/mpaula\\_notas%20para%20uma%20metodologia%20juridica%20de%20analise%20de%20pp.pdf](https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/1706397/mod_resource/content/1/mpaula_notas%20para%20uma%20metodologia%20juridica%20de%20analise%20de%20pp.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. Disponível em: <[http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo\\_Seletivo/Processo\\_Seletivo\\_2016/Prova\\_de\\_Conteudo/14\\_05\\_12\\_15O\\_direito\\_nas\\_politicas\\_publicas\\_FINAL.pdf](http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/14_05_12_15O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2016.

DUARTE, Jorge Antonio Menna. **Comunicação pública**. Brasília: Comunicação & crise, [2007?]. Disponível em: <<http://www.jforni.jor.br/forni/files/ComP%C3%ABablicaJDuartevf.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KUNSCH, Margarida Maria Krohling. **Planejamento de relações públicas na comunicação integrada**. 5. ed. São Paulo: Summus, 2003, p. 149-165.

MAINIERI, Tiago; RIBEIRO, Eva Márcia Arantes Ostrosky. A comunicação pública como processo para o exercício da cidadania: o papel das mídias sociais na sociedade democrática. **Organicom**, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 49-61, 2011. Disponível em: <<http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/download/339/380>>. Acesso em: 26 out. 2016.

MARTINO, Luiz Cláudio. Pensamento comunicacional canadense: as contribuições de Innis e McLuhan. **Comunicação, mídia e consumo**, São Paulo, v. 5, n. 14, p. 123-148, nov. 2008. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Luiz\\_Martino/publication/267721081\\_Pensamento\\_comunicacional\\_canadense\\_as\\_contribuies\\_de\\_Innis\\_e\\_McLuhan/links/54c0ca520cf28eae4a697c23.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Luiz_Martino/publication/267721081_Pensamento_comunicacional_canadense_as_contribuies_de_Innis_e_McLuhan/links/54c0ca520cf28eae4a697c23.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2016.

NAPOLITANO, Carlo José. Direito fundamental à proteção e à integração social da pessoa com deficiência à luz do texto constitucional. In: CAPELLINI, Vera Lúcia Messias Fialho; RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolim (Orgs.). **Marcos históricos, conceituais, legais e éticos da educação inclusiva**. Bauru: Unesp, 2010, p. 83-109.

NOVELLI, Ana Lucia Coelho Romero. O papel institucional da comunicação pública para o sucesso da governança. **Organicom**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 74-89, 2006. Disponível em: <<http://www.revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/download/56/190>>. Acesso em: 26 out. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição Brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.

# ASPECTOS CONTROVERTIDOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

## *CONTROVERTED ASPECTS OF LENIENCY AGREEMENTS IN BRAZILIAN LAW*

Artur de Brito Gueiros Souza\*  
Matheus de Alencar\*\*  
Humberto Soares de Souza Santos\*\*\*  
Sylvia Chaves Lima Costa\*\*\*\*  
Elder Fernandes Luciano\*\*\*\*\*  
Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara\*\*\*\*\*  
Cecília Choeri da Silva Coelho\*\*\*\*\*  
Adriana Alves dos Santos Cruz\*\*\*\*\*  
Cláudio Luiz de Miranda\*\*\*\*\*  
Patrick Couto Xerez Sobral\*\*\*\*\*  
José Maria de Castro Panoeiro\*\*\*\*\*  
Gabriel Domingues\*\*\*\*\*  
Elisa Pittaro\*\*\*\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A origem do acordo de leniência: o Direito dos Estados Unidos da América. 2 Acordo de leniência no Direito brasileiro. 3 Parâmetros do acordo de leniência. 4 Acordo de leniência e a responsabilidade individual. 5 Acordo de leniência, whistleblowing e reverse whistleblowing. 6 Acordo de leniência e o arrependimento posterior. 7 Acordo de leniência

\* Graduado em Direito pela UERJ, mestre em Direito pela PUC-RJ, Doutor em Direito Penal pela USP, pós-doutor em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor Associado de Direito Penal da UERJ.

\*\* Mestrando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\* Doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\* Doutoranda em Direito Penal pela UERJ e em Estado de Derecho y Gobernanza Global pela Universidad de Salamanca.

\*\*\*\*\* Mestre em Direito pela UERJ.

\*\*\*\*\* Mestranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\*\* Mestranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\*\* Doutoranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\*\* Professor de Direito Comercial da Pós-Graduação da FGV-RJ.

\*\*\*\*\* Mestrando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\*\* Doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\*\* Mestrando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\*\*\*\* Mestranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**Como citar:** SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Matheus de; e outros. Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 165-197, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

e a relação entre sócio e administrador da empresa. 8 Acordo de leniência e o conflito de interesse entre sócio, administrador e a própria empresa. 9 Acordo de leniência e o Direito Processual Penal. 10 Acordo de leniência sem a participação do Ministério Público. Aspectos práticos. 11 Acordo de leniência e a improbidade administrativa. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O artigo versa sobre diversas questões relativas ao acordo de leniência previsto na Lei n. 12.529/2011 e Lei n. 12.846/2013. Discorre-se sobre sua origem, seu desenvolvimento no Brasil, seus requisitos legais, sobre sua relação com a responsabilidade empresarial e individual, sobre os conflitos de interesse no âmbito da organização empresarial, sobre questões processuais penais, incluído a pertinência ou não da participação do Ministério Público na celebração de acordo de leniência, além de seus possíveis reflexos no âmbito da improbidade administrativa.

**Palavras-chave:** Acordo de Leniência; Direito Penal Econômico; Colaboração.

**ABSTRACT:** *The paper talks about several questions in relation to the leniency agreement provided in Law n. 12.529/2011 and Law n; 12.846/2013. It expatiates about the agreement's origins, development in Brazil, legal requirements, its relation with the corporate and individual responsibility, about the interest's conflicts in the scope of the corporate organization, about criminal procedures questions, including the relevance or not of the Ministério Público (District Attorney) in the leniency agreement celebration, besides its possible reflections in the scope of administrative dishonesty.*

**Keywords:** *Leniency agreements; White Collar Crime; Collaboration.*

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do Direito Penal Econômico<sup>1</sup> e o correlato aprofundamento dos estudos da responsabilidade penal empresarial trouxeram para o âmbito da doutrina penal institutos que, a princípio, estiveram relacionados com outros ramos do Direito, tal como o Direito Econômico.

Desta forma, mais do que afirmar a existência de verdadeiros *subsistemas penais* e da impossibilidade de se cogitar de uma única e abrangente teoria do delito e da pena criminal, a incorporação de novos institutos ao Direito Penal nuclear ou secundário, não pode ser realizada sem que se analise a sua pertinência e harmonização para com institutos próprios da dogmática penal.

Neste contexto axiológico inicial, vale dizer, da necessária interpretação e compatibilização de novos institutos com os pressupostos

---

<sup>1</sup> O Direito Penal Econômico pode ser definido em sentido estrito ou em sentido amplo. Em sentido restrito, Direito Penal Econômico compreende o conjunto de normas que reforçam, com a ameaça penal, a intervenção do Estado na ordem econômica. Por sua vez, Direito Penal Econômico em sentido amplo consiste no conjunto de normas penais que regulam toda a cadeia de produção, fabricação, circulação e consumo de bens e serviço, ou seja, todo o “acontecer econômico”. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In \_\_\_\_\_. Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 120).

dogmáticos de um modelo punitivo já estabelecido, soblevam de importância os chamados *acordos de leniência*. Os acordos de leniência, bem como os institutos do compromisso de cessação e compromisso de desempenho, surgiram da necessidade interventiva de recomposição do mercado, o seu regular funcionamento, a proteção da leal concorrência, enfim.

Sendo assim, para além da conhecida discussão entre as chamadas Escolas de Harvard e Escola de Chicago, relacionada com a possibilidade e legitimidade da tutela estatal da concorrência,<sup>2</sup> é certo que, no Brasil, fez-se a opção constitucional por tal tutela.<sup>3</sup> Independente dessa discussão, não se pode olvidar que a impunidade dos comportamentos atentatórios das regras de funcionamento do mercado, da confiança nos agentes econômicos, bem como da probidade da administração nacional e estrangeira, acarreta efeitos negativos não somente ao modelo econômico capitalista, como também à toda a Sociedade.

Diante disso, vê-se surgir e se desenvolver novos mecanismos de prevenção e de repressão de ilícitos econômicos, não somente na instância administrativa, como, igualmente, na instância penal. Estes mecanismos se caracterizam por apresentar novas técnicas premiais e novas abordagens investigativas de infrações empresariais, merecendo destaque os chamados programas ou acordos de leniência, atualmente regulados, no Brasil, na Lei n. 12.529/2011 e Lei n. 12.846/2013.

Objetiva-se, assim, analisar os aspectos controvertidos dos acordos de leniência, tomando por recorte epistemológico o Direito Penal Econômico. Dessa maneira, mas levando em conta as limitações de espaço próprias de um texto dessa natureza, espera-se poder contribuir para o debate científico de um tema que se apresenta de transcendental

---

<sup>2</sup> Desenvolvendo este embate de forma aprofundada, ver: FORGIONI, Paula A.. Os Fundamentos do Antitruste, 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>3</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Art. 173. [...]§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

relevância não somente para a Academia, mas, precipuamente, para a Sociedade brasileira.

## 1 A ORIGEM DO ACORDO DE LENIÊNCIA: O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O acordo de leniência surgiu com o Programa de Leniência (*Leniency Program*) nos Estados Unidos da América, em 1978. O programa foi instituído pelo Departamento de Justiça. Com base nesse programa, era permitido que o integrante de algum cartel celebrasse acordo com a autoridade antitruste. O programa, no entanto, não obteve sucesso, pois ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América havia sido conferida a possibilidade de adoção de *critérios subjetivos* para a sua celebração. Em virtude dessa discricionariedade não se despertou segurança jurídica e estímulos suficientes aos acordos.

O acordo de leniência norte-americano foi reestruturado, em 1993, e passou a se chamar Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policy, Corporate Amnesty Policy* ou *Corporate Immunity Policy*). As principais mudanças foram: a concessão automática de leniência à empresa, desde que ela satisfaça seis requisitos necessários; a possibilidade de leniência, ainda que a cooperação se promova depois de ter início o procedimento investigatório; que todos os membros que vierem a colaborar, empregados, diretores e executivos, atuais ou já desligados da empresa, passariam a estar protegidos de eventual processo criminal.

O programa, reformulado em 1993, passou a ser dividido em duas formas: na primeira, além de a investigação não ter se iniciado, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América passou a exigir outros cinco requisitos<sup>4</sup>. Por outro lado, caso a investigação já tenha se iniciado, ainda seria possível requerer o programa de leniência alternativo,

---

<sup>4</sup> 1) At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; 2) The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 3) The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; 4) The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 5) Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; 6) The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.



com outros requisitos<sup>5</sup>. A diferença entre ambos, residiria em que, na hipótese alternativa, a penalidade a ser imposta seria tanto maior quanto menor fosse a evidência até então obtida pelas autoridades norte-americanas.

Em 1994, o acordo de leniência foi estendido também para as pessoas físicas. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos instituiu, portanto, um novo programa de leniência para aqueles indivíduos que se apresentassem às autoridades de modo independente, oferecendo-lhes imunidade penal. Cumpre salientar que esse programa para pessoas físicas contempla requisitos semelhantes aos exigidos para as corporações ou empresas.<sup>6</sup> Dessa maneira, com o acordo de leniência, tanto a empresa como a pessoa física passaram a poder evitar a punição criminal em relação aos crimes de concorrência econômica, dependendo, naturalmente, do grau de colaboração.

Em termos de eficiência, segundo o Departamento de Justiça, o sucesso dessa política se daria devido três fatores: a ameaça de aplicação de penalidades severas, o temor da punição e a transparência na política de atuação da agência. Importante ressaltar que, apesar das críticas sempre presentes relativamente à tutela dos mercados pelo Direito Penal, tutela esta que criaria determinadas ilusões sobre sua segurança,<sup>7</sup> pode ser observado uma considerável modificação na cultura e na ética negocial

---

<sup>5</sup> 1) The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported; 2) The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; 3) The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 4) The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation; 5) The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 6) Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 7) The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.

<sup>6</sup> 1) At the time the individual comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source; 2) The individual reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation; and 3) The individual did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.

<sup>7</sup> Neste sentido, criticando a inconsistência na regulação, que aumentaria sempre que o mercado precisasse passar intenções moralizadoras para a sociedade, mas diminuiria assim que se tornasse conveniente, aliando à inconsistência sua incapacidade de evitar as crises e escândalos do sistema econômico vistos ao longo das últimas três décadas, ver: LAUFER, William S. Ilusões de compliance e governança. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). Tendências em governança corporativa e compliance. São Paulo: LiberArs, 2016.

nos EUA, modificação esta que se poderia atribuir – ao menos em parte – a esses novos mecanismos de leniência empresarial. No Brasil, onde tais transformações na ética negocial ainda estariam em um estágio inferior,<sup>8</sup> tem-se que o exemplo dos Estados Unidos, no tocante a seara concorrencial, cuida-se de uma alternativa que merece ser ponderada.

No que concerne aos atos de corrupção em geral, os Estados Unidos possuem, desde 1977, o chamado *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), com suas sucessivas modificações, o qual visa reprimir atos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros. No que tange especificamente aos acordos de leniência e os seus possíveis efeitos no âmbito criminal, há previsão, no FCPA, de como as autoridades norte-americanas devem proceder no caso de uma colaboração voluntária, bem como os esforços para reparação da lesão causada. Nessas hipóteses, os Procuradores do DOJ devem levar em consideração uma série de situações pelas quais avaliarão a natureza e o valor da cooperação oferecida.

Dentre essas variáveis, pode-se mencionar que os Procuradores devem avaliar se a empresa fez uma denúncia voluntária, a sua disposição para fornecer informações e elementos de prova relevantes, assim como a identificação dos responsáveis pela infração, dentro e fora da empresa, inclusive eventuais executivos *seniors*. As medidas corretivas adotadas pela corporação devem ser significativas e ilustrar o reconhecimento da gravidade do ato, tomando medidas para implementar mudanças organizacionais necessárias para estabelecer uma consciência entre os integrantes da empresa no sentido de que condutas ilícitas não devem ser toleradas. Essas avaliações, constantes no FCPA, não seriam tão objetivas como aquelas previstas no acordo de leniência na legislação antitruste do próprio Estados Unidos.

## 2 ACORDO DE LENIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.

A disciplina do acordo de leniência no Brasil encontra na Lei n. 8.884/1994 um diploma de investigação obrigatória. Isso porque, ela introduziu três importantes institutos no nosso Direito: o compromisso

---

<sup>8</sup> Refletindo sobre a dificuldade de desenvolvimento da cultura de ética empresarial no Brasil, ver: SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de Criminal Compliance. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 426, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Mai. 2014.

de cessação, o compromisso de desempenho e, subsequentemente, o acordo de leniência.

Com relação ao compromisso de cessação, cuidou-se de instrumento de composição de conflitos concorrenciais, que teve por escopo a recomposição do mercado ao seu regular funcionamento. Ao tempo de vigência da Lei n. 8.884/1994, a regulamentação desse instituto foi alterada sem, contudo, modificar-lhe a essência. O compromisso de cessação tratava do retorno do agente econômico a um comportamento conforme o direito, constituindo-se elemento suficiente a impedir a aplicação das sanções previstas para a prática de infrações à ordem econômica. Não obstante, o compromisso, além de exigir um retorno a um comportamento regular, veiculava obrigações para o investigado em seu termo. Dentre tais obrigações, figurava o pagamento de contribuição pecuniária para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Outra espécie de ajuste previsto no âmbito da citada Lei n. 8.884/1994, mas que não foi repetido na vigente Lei n. 12.529/2011, era o compromisso de desempenho. Cuidava-se de instituto vinculado com a concentração econômica, mas pouca repercussão na órbita penal, visto que pressupunha a falta do substrato de um ato ilícito.<sup>9</sup>

O terceiro instrumento veiculado na Lei n. 8.884/1994 foi o acordo de leniência que, contudo, não constava de sua redação original. Apenas com a Medida Provisória n. 2.055/2000, posteriormente convertida na Lei n.º 10.149/2000, foram introduzidos os arts. 35-B e 35-C. Além de minuciosa regulamentação, a lei condicionava a produção de efeitos do acordo de leniência à verificação de determinados resultados, tais como a identificação dos demais coautores da infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

A Lei n. 12.529/2011 veio a revogar a Lei n. 8.884/94, mas embora o tenha feito, preservou o instituto do acordo de leniência, com o formato de programa de leniência. Todavia, a Lei n. 12.259/2011 manteve extensa regulamentação do instituto. Neste diploma podem ser observadas as características essenciais do acordo, além daquelas já antecipadas, tais como que empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração específica, que cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada

---

<sup>9</sup> Neste compromisso eram estabelecidas as metas a serem alcançadas pelo agente econômico que pleiteava junto ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que tornariam legítima a autorização para concentração econômica outorgada. Não se conectava, porém, com a prática de um ato ilícito, logo, de pouca ou nenhuma utilidade para o cotejo com pretensa disciplina penal no âmbito do Direito Pena Econômico.

confessando sua participação no ilícito, que colabore permanentemente com as investigações, e – o que parece fundamental – que as autoridades públicas celebrantes do acordo não disponham de provas suficientes para assegurar a condenação.

Cumpre, assim, salientar que o acordo de leniência é uma ferramenta de caráter dúplice, pois almeja ao mesmo tempo investigar e reprimir ilícitos, tutelando a lhanza comportamental dos agentes de mercado. Dessa forma, a indicação de que o Estado não possua as provas necessárias para a condenação da empresa parece denotar o interesse público subjacente ao acordo. Vale dizer, o acordo de leniência tem como pressuposto a obtenção de elementos que viabilizem a condenação daqueles que concorram ao ato ilícito, ainda que amenize a situação da corporação. Evidencia-se, ainda, um compromisso no sentido da empresa retornar às práticas econômicas lícitas.

Contudo, a adoção de mecanismos de investigação fundados em técnicas premiais – tais como os acordos de leniência – não se encontra restrito ao campo das infrações administrativas contra a ordem econômica. Com efeito, a Lei nº 12.846/2013, que disciplina a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira, também prevê programa de leniência em seu âmbito de incidência. No entanto, a Lei n. 12.846/2013 destoa da Lei n. 12.529/2011 no sentido de contemplar efeitos penais para as pessoas físicas (dirigentes, empregados ou prepostos das empresas colaboradora).

### **3 PARÂMETROS DO ACORDO DE LENIÊNCIA.**

Efetivamente, os acordos de leniência representam a implementação do paradigma da consensualidade, uma vez que possibilitam o ajuste de vontade entre a empresa que comete o ato ilícito e o poder público. Desse modo, a corporação oferece colaboração efetiva para com a administração pública no que diz respeito às investigações e o respectivo processo, indicando, por exemplo, os nomes dos demais envolvidos na infração, em troca de determinados benefícios, contidos tanto na Lei n. 12.529/2011 como na Lei n. 12.846/2013.

No que se refere aos acordos de leniência celebrados com base na Lei nº 12.846/2013, os benefícios podem consistir em isenção das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e das sanções

previstas na Lei n° 8.666/1993, e a redução de até 2/3 (dois terços) da multa ou a sua remissão, caso seja a primeira pessoa jurídica a firmar o acordo. Ressalte-se que, em qualquer caso, subsiste o dever de a empresa reparar integralmente o dano e submeter-se à aplicação de determinadas sanções, consoante os arts. 16 e seguintes da Lei n° 12.846/2013.

No que tange à Lei n. 12.529/2011, o acordo de leniência é celebrado tão somente com a primeira pessoa jurídica que se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação. Isto ocorrerá desde que a Superintendência-Geral não tenha ainda provas suficientes para assegurar a condenação de pessoas jurídicas ou físicas envolvidas e desde que haja a confissão da prática da infração e do compromisso de participar de todos os atos de instrução. E, com relação à pessoa física, bastam os três últimos requisitos para a celebração do acordo de leniência, conforme os arts. 86 e seguintes da Lei n° 12.529/2011.

Cumpre, ainda, observar que a Lei n° 12.529/2011 confere tratamento distinto para o acordo de leniência celebrado antes e após a descoberta da infração, sendo certo que tal distinção não é feita pela Lei n. 12.846/2013. Surge, assim, na Lei 12.529/2011, a figura daquilo que se pode chamar de *leniência plus*. Se a pessoa jurídica ou física não conseguir, no curso do processo administrativo, realizar o acordo de leniência, poderá celebrá-lo com a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), até a remessa do processo para julgamento, tendo como objeto uma infração da qual a administração pública ainda não tenha conhecimento. Este mecanismo está previsto no artigo 86, §§ 7° e 8°, da Lei n° 12.529/2011. E nos casos em que a administração pública não tiver conhecimento, a pessoa jurídica ou física ficará isenta de punição na via administrativa (art. 86, caput e § 4°, I, da Lei n° 12.529/2011). Com relação aos fatos em que a administração pública já tinha conhecimento, haverá a redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) sobre a penalidade aplicável (art. 86 da Lei n° 12.529/2011).

Demais disso, o acordo de leniência celebrado nos moldes da Lei 12.529/2011 também provoca efeitos na seara penal. Conforme o art. 87 da Lei n° 12.529/2011, o acordo de leniência celebrado impede o oferecimento de denúncia contra a pessoa física que o celebrou em crimes contra a ordem econômica (art. 4° da Lei n° 8.137/1990), crimes de fraude à licitação (art. 89 da Lei n° 8.666/1993) e crimes de associação criminosa (art. 288 do Código Penal). Segundo, ainda, o art. 87, parágrafo único, da Lei 12.529/2011, o acordo de leniência cumprido acarreta a extinção da

punibilidade de crimes praticados por pessoas físicas. Outrossim, como já mencionado, não existe norma idêntica na Lei n. 12.846/2013.

Por fim, é preciso ressaltar que tanto na Lei n° 12.529/2011 como na Lei n° 12.846/2013 não há vedação expressa à imposição, por parte da administração pública, da sanção de dissolução compulsória da pessoa jurídica que pretender celebrar o acordo de leniência. Contudo, em uma interpretação lógico-sistemática, esta sanção não poderia ser aplicada, caso exista interesse do poder público em celebrar o acordo, pois não faria sentido dissolver compulsoriamente a pessoa jurídica – provocando a sua *morte civil* – em uma situação fática em que ela se prontificou a colaborar efetivamente com as investigações.

#### **4 ACORDO DE LENIÊNCIA E A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL.**

Conforme antecipado, a celebração de acordo de leniência tem como um dos seus requisitos que a empresa interessada apresente as provas necessárias para a identificação das pessoas físicas responsáveis por determinada infração.

Nesse sentido, a Lei n. 12.846/2013, que trata da responsabilização extrapenal de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, disciplina a possibilidade de formulação de acordo de leniência – cujos efeitos beneficiariam somente a pessoa jurídica – a partir de requisitos que implicam diretamente na comprovação de fatos que podem levar à responsabilização das pessoas físicas envolvidas. Com efeito, o acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013 exige que seja obtida a identificação dos envolvidos no ilícito, quando isso couber, exigindo, ainda, de maneira célere, a apresentação de informações e documentos que comprovem os fatos sob apuração.

Além disso, a Lei n. 12.846/2013 impõe que a pessoa jurídica reconheça seu envolvimento no ilícito e que colabore, de maneira completa e permanente, tanto com a investigação quanto com o processo administrativo, inclusive com o comparecimento, às suas próprias custas, sempre que lhe for determinado, a todos os atos processuais até o fim. Evidentemente, tais exigências levam a apresentação de provas contra as pessoas físicas que, no exercício de função de controle, tenham estado, de maneira penalmente relevante, por trás dos atos praticados da pessoa jurídica.

Por outro lado, o acordo de leniência disciplinado na Lei n. 12.846/2013 não prevê qualquer benefício em relação à responsabilidade penal de pessoa física que integre a pessoa jurídica. Uma cooperação voluntária com as investigações, inclusive com esclarecimento dos fatos ocorridos, somente beneficiará o indivíduo se for realizada no contexto de alguma espécie de colaboração premiada, como a prevista no art. 4º e seguintes da Lei n. 12.850/2013, que prevê, para aquele que estabelecer um acordo de colaboração, a possibilidade de perdão judicial, de redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos.

A ausência de benefícios penais para pessoas físicas no acordo de leniência constante na Lei n. 12.846/2013 – diferentemente da Lei n. 12.529/2011 – teria sido uma opção do legislador brasileiro. Como visto, no âmbito das infrações cometidas contra a ordem econômica, o antigo art. 35-C, *caput*, e parágrafo único, da Lei 8.884/1994, previa um acordo de leniência que tinha por efeito penal a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, e, após o término de seu cumprimento, a extinção automática da punibilidade do sujeito. Tais efeitos foram mantidos no acordo de leniência da Lei n. 12.529/2011, que, em seu art. 87, *caput*, e parágrafo único, dispõe que o curso do prazo prescricional será suspenso e o Ministério Público impedido de oferecer denúncia contra aqueles que praticam crimes contra a ordem econômica previstos na Lei n. 8.137/1990, demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os tipificados na Lei n. 8.666/1993, e os previstos no art. 288 do Código Penal, além da consequente extinção automática da punibilidade depois de seu cumprimento. Assim, ao contrário do que ocorre com o indivíduo envolvido em “atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira” que podem configurar crimes, a pessoa física que pratica os delitos apontados pelo art. 87 da Lei n. 12.529/2011 obtém a extinção da sua punibilidade desde que cumpra integralmente o acordo de leniência firmado com o CADE.

Embora se tratem de delitos submetidos à ação penal pública incondicionada, não há previsão legal expressa, nessa espécie de acordo de leniência, da participação do Ministério Público. Isso levou à discussão sobre se o princípio da indisponibilidade da ação penal pública não tornaria

indispensável a chancela do Ministério Público para que o acordo pudesse surtir efeitos sobre a punibilidade do beneficiado.<sup>10</sup>

Contudo, ao que parece, a intenção do legislador ao não prever benefícios penais no âmbito do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 foi a de manter sua esfera de aplicação restrita às pessoas jurídicas, de modo que os benefícios nela contidos somente pudessem ser desfrutados pelo ente moral. Ademais, por uma questão de conveniência político-criminal, tem-se que o legislador quis evitar colisão normativa entre o acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 com o instituto da colaboração premiada, previsto na Lei n. 12.850/2013, sendo certo que ambos os projetos que deram azo às Leis n. 12.846 e 12.850/2013 tramitaram, ao mesmo tempo, no Parlamento brasileiro. Desse modo, manifesta-se a divisão normativa procedida pelo legislador: na hipótese dos ilícitos abrangidos pela Lei n. 12.846/2013, benefícios incidentes sobre a responsabilização da pessoa jurídica são concedidos pelo acordo de leniência previsto nela própria, enquanto aqueles referidos à responsabilização penal individual das pessoas físicas devem ser obtidos por meio do acordo de colaboração premiada previsto na Lei n. 12.850/2013. Considera-se que a opção legislativa merece elogios, pois o acordo de leniência, disposto na Lei n. 12.846/2013, deve ser celebrado, como prevê o seu art. 16, *caput*, entre a beneficiária e a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública afetada – o que, no plano administrativo, é mais apropriado para a modalidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica que a própria lei prevê –, ao passo que o acordo de colaboração premiada, disposto na Lei n. 12.850/2013, deve ser estabelecido no âmbito dos órgãos atuantes no plano judicial, com o envolvimento do Ministério Público e do Poder Judiciário – o que se reputa mais adequado quando se trata discutir a diminuição ou extinção da responsabilidade penal de uma pessoa física.

Em síntese, prever efeitos sobre a responsabilização individual penal no acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013 significaria reeditar a mal resolvida questão da ausência do Ministério Público na celebração do acordo de leniência da Lei n. 12.529/2011, acima mencionada, e sobrepor

---

<sup>10</sup> Para evitar futuros questionamentos sobre a legitimidade dos acordos de leniência celebrados pelo CADE, o Ministério Público tem sido frequentemente chamado a assiná-los, como informa CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de Carvalho; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.



eventuais negociações fundadas no acordo de colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013.

## **5 ACORDO DE LENIÊNCIA, WHISTLEBLOWING E REVERSE WHISTLEBLOWING.**

Com relação a esfera das consequências para as responsabilidades penais individuais em um acordo de leniência, deve-se, ainda, registrar as questões atinentes a *whistleblowing* e *reverse whistleblowing*. Em ambos os casos o fator preponderante de que a empresa precisa municiar o poder público responsável pela elaboração de um acordo de leniência com provas suficientes para demonstrar a ocorrência dos fatos. Isso conduz a uma significativa relevância para os mecanismos de *whistleblowing*, uma vez que, em termos práticos, são essenciais para a apuração de ilícitos. Todavia, os institutos dos *whistleblowing* e *reverse whistleblowing*, ainda que se refiram a situações aparentemente similares, são, contudo, essencialmente distintas.

Em relação ao *whistleblowing*, ele se refere à prática própria do *whistleblower*. Este por sua vez, conforme sua tradução literal do inglês, seria o “tocador do apito”. Na realidade da empresa ele seria o denunciante de boa-fé, aquele que leva a ocorrência de ilegalidades na esfera de atuação da empresa ao conhecimento de um programa de *compliance* – ou, na terminologia da Lei n. 12.846/2013, um “programa de integridade”.

A partir de sua conceituação inicial, a prática de *whistleblowing* já demonstra de imediato sua relevância para as questões aqui discutidas: se a empresa precisa de pessoas físicas para agir, ela só cometerá uma prática relevante de monopólio indevido, fraude a licitação ou de corrupção para as Leis n. 12.529/2011, 8.666/1993, e 12.846/2013, caso seus agentes atuem de modo a executar tais condutas. Desta forma, na apuração de ocorrências de tal natureza para uma autodenúncia visando os benefícios de um acordo de leniência, a empresa poderá recorrer, muitas vezes, aos programas de *compliance* ou integridade, subsidiando o conteúdo probatório necessário a atuação do poder público. Naturalmente, será relevante para essa atividade investigativa e para o bom andamento daqueles programas que os empregados da empresa colaborem com as investigações internas, o que ocorrerá, muitas das vezes, a partir da prática de *whistleblowing*.

Ressalte-se que tal prática não só é incentivada pelas empresas visando um acordo de leniência, mas pelo próprio ordenamento jurídico, na

medida em que, consoante o art. 7º, inc. VIII, da Lei n. 12.846/2013, o poder público deve levar em consideração, ao impor uma determinada sanção, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Por sua vez, a regulação destes mecanismos e procedimentos internos de integridade está, no âmbito federal, discriminada pelo Decreto n. 8.420/2015. Nos arts. 41 e 42, do mencionado Decreto n. 8.420/2015, na parte concernente ao “programa de integridade”, está fixado que o programa deve possuir canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé. Estes canais internos nada mais são do que os veículos por intermédio dos quais os *whistleblowers* irão se reportar.

Sendo assim, a mera existência de um programa de integridade é, por si só, relevante para uma empresa, considerando o potencial atenuador das sanções que irá sofrer ao final de um processo administrativo. Demais disso, a capacidade desse mesmo programa para apurar irregularidades irá influir no propósito de se obter um melhor acordo de leniência. Tudo isso torna sua implantação/existência quase obrigatória para as corporações, bem assim o estímulo à prática de *whistleblowing*, repercutindo, como visto acima, na esfera das responsabilidades individuais.

Por outro lado, o conjunto da legislação em vigor incentiva que as empresas, nos casos de cartel ou corrupção, façam a autodenúncia, condicionando a ela os benefícios dos acordos de leniência. A seu turno, os empregados da corporação, com suas responsabilidades individuais em jogo – inclusive na instância penal –, estarão em situação de insegurança, visto que as colaborações podem ensejar a punição das pessoas físicas envolvidas no ilícito, sendo certo que o próprio *whistleblower* poderá, eventualmente, ser perseguido criminalmente.

Um exemplo pode ser útil para ilustrar a questão. Imagine-se um acordo de leniência no âmbito da Lei n. 12.846/2013, no qual a empresa decida delatar a própria conduta ilegal. A partir disso, ela fará necessariamente a denúncia dos seus dirigentes ou empregados que praticaram, em seu nome, as condutas objeto do acordo. Com isso, as condutas dos dirigentes ou empregados serão desveladas e entregues à autoridade pública. Por sua vez, esta tem a obrigação de comunicar os fatos aos órgãos de persecução penal, sendo certo que o Ministério Público, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal, deverá denunciar

os fatos a Justiça Criminal, pedindo a punição dos agentes envolvidos no delito empresarial.

Diante dessa dinâmica, a Lei n. 12.529/2011 procurou dirimir os possíveis conflitos de interesse entre a empresa, que tenciona fazer a autodenúncia no bojo de um acordo de leniência, e a consequente responsabilidade de seus dirigentes ou empregados. Nesse sentido, o art. 87, da Lei n. 12.529/2013 dispõe que, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137/1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666/1993, e os tipificados no art. 288, do Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos daquela Lei, acarreta a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. E o parágrafo único do art. 87 da Lei n. 12.529/2011 aduz que, uma vez cumprido o acordo de leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos autores ou partícipes dos crimes referidos no *caput* daquele dispositivo.

A Lei n. 12.846/2013 – como visto acima – não contempla disposição semelhante. Contudo, a prática judicial tem demonstrado o uso, por parte das pessoas físicas envolvidas em crimes empresariais, do instituto da colaboração premiada, com o objetivo de para receber, em contrapartida com os atos de colaboração, benefícios de natureza criminal de forma semelhante às empresas das quais integrem e que tenham feito acordos de leniência.

Ao lado da questão do dirigente ou do empregado que comunica, interna ou externamente, a possível ocorrência de uma violação normativa, paira a questão do *reverse whistleblowing*. Adán Nieto Martín, ao responder a pergunta relativa sobre em que consistiria um bom programa de *compliance*, alerta para os riscos do *reverse whistleblowing*:

De um lado, uma justiça penal excessivamente exigente sempre pode condenar as empresas indicando que eram precisos ainda mais controles e medidas de organização interna, mas de outro, uma boa defesa da corporação também pode explorar esta ambiguidade para convencer os órgãos de inspeção ou de persecução penal, sem grandes conhecimentos neste ponto, de que seu sistema era o adequado e que a explicação do comportamento delitivo se encontra na torpeza de um técnico ou diretor (*reverse whistleblowing*) (NIETO MARTÍN, 2013, p. 375).

Como se pode observar, é possível que, em razão de uma “ambiguidade” no programa de *compliance*, a empresa venha a afirmar que seu sistema interno era adequado e atualizado e que, portanto, a “culpa” por uma determinada infração tenha sido a atuação isolada de um empregado. Ao contrário do *whistleblower*, que comunica a prática de um fato reprovável por parte da empresa, no *reverse whistleblowing* se observará a empresa comunicando o comportamento de seu empregado, imputando-lhe toda a responsabilidade por um desvio ou ilícito, mesmo nos casos em que ele tenha atuado em nome e no interesse da corporação.

Nestes casos, os acordos de leniência devem ser analisados com muita cautela por parte da autoridade pública celebrante, bem assim pelo Ministério Público e o Poder Judiciário. E isso se aplica não somente diante do *reverse whistleblowing*, mas, igualmente, em relação à proteção ao *whistleblower* dentro da empresa, bem como aos limites das investigações internas, que não poderão infringir as garantias e liberdades fundamentais dos empregados (como o direito a intimidade e a não auto-incriminação), evitando-se que ele se torne uma espécie de bode expiatório.<sup>11</sup>

## **6 ACORDO DE LENIÊNCIA E O ARREPENDIMENTO POSTERIOR.**

Outra questão importante sobre a presente temática diz respeito a relação existente entre acordo de leniência e o instituto do arrependimento posterior. Isso porque, há muito tempo que a doutrina penal se preocupa com mecanismos reparatórios das lesões ou ameaças a bens jurídicos, e, na atualidade, tais preocupações sobrelevam de importância, em especial nos crimes empresariais, tendo em conta a extensão da lesão que, via de regra, ocorre na realidade socioeconômica.

Sobre esta questão político-criminal, Claus Roxin leciona, *verbis*:

O Direito Penal tem futuro. Conciliações sem a intervenção do Estado, como defende o abolicionismo, conseguirão substituir o Direito Penal de modo tão precário quanto o poderá fazer um puro sistema de medidas de segurança; também uma vigilância mais intensa dos cidadãos pode, enquanto ela for permitida, ter uma certa eficácia preventiva, mas não conseguirá tornar o Direito Penal supérfluo. [...]

---

<sup>11</sup> Com esta preocupação e detalhando os mecanismos que evitam a situação desproporcional apontada: ALENCAR, Matheus de. Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance. Prefácio de Artur de Brito Gueiros Souza. Coleção Carolina [mídias digitais]. São Paulo: LiberArs, 2017. (no prelo).

Apesar das limitadas possibilidades de descriminalização e dos mais intensos esforços de prevenção, o número de dispositivos penais e de infrações deve crescer. Isso em nada altera o fato de que o Direito Penal do futuro se tornará ainda mais suave do que já é hoje, o que decorre principalmente das possibilidades abertas pela diversificação, pela substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, pela utilização de novas sanções menos limitadoras da liberdade (como a prisão domiciliar ou a proibição de dirigir) [...] (ROXIN, 2006, pp. 28-29)

Uma das propostas desse modelo penal mais suave, brando ou leniente, seria a obrigação da reparação do dano. A reparação do dano sofrido pelo lesado – quando possível – poderia conduzir a uma suspensão condicional ou até mesmo à dispensa da pena, mantendo-se, segundo Claus Roxin, neste caso, a condenação do agente (ROXIN, 2006, p. 25).

Inspirado em idêntico ideal de recomposição da vítima ao *status quo* anterior à infração penal, a Reforma Penal brasileira de 1984 contemplou a figura do arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal). O arrependimento posterior, no direito brasileiro, guardaria proximidade com a previsão do direito penal alemão de uma atenuação obrigatória da pena quando reparação do dano for verificada antes de ter início o procedimento principal (*Hauptverfahren*) (ROXIN, 2006, p. 25).<sup>12</sup>

Na estruturação do nosso Código Penal, o arrependimento funcionaria tão somente como um redutor de pena, e para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa. Contudo, a jurisprudência brasileira manteve ou construiu o entendimento de que, em certos crimes, a reparação integral do dano gera efeitos mais intensos, ou seja, extintivos da punibilidade, como ocorre nas hipóteses do estelionato mediante cheque sem fundos e dos crimes tributários, quando ocorre o pagamento do débito antes do início da ação penal.

Pode ser extraído do instituto do arrependimento posterior o aspecto da reparação do dano como um dos alicerces para a estruturação dos acordos de leniência, tanto na Lei n. 12.529/2011 como na Lei n. 12.846/2013. E assim parece pertinente pelo fato de que o lucro, objetivo maior da empresa, não pode ser obtido a qualquer custo:

Outro preconceito comum é o de questionar a própria moralidade da busca de lucro. Todos precisamos respirar para

<sup>12</sup> Neste sentido, Luís Greco em nota explicativa: ROXIN, Claus; tradução Luís Greco. “Sobre a Fundamentação Político-Criminal do Sistema Jurídico-Penal”.

viver, mas não vivemos para respirar. Da mesma maneira, a empresa tem de gerar lucros para investir e sobreviver. Mas não vive para lucrar. O lucro serve à empresa, mas a empresa não serve ao lucro. Além de gerar lucros para si e seus acionistas, a empresa tem responsabilidade para com funcionários, clientes e fornecedores, com o meio ambiente e as comunidades em que se insere. Tem de sujeitar-se às leis, pagar os impostos. O lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcatruas, nem à custa dos concorrentes. A concorrência desleal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial. A empresa moderna requer eficiência, produtividade, qualidade de produtos e serviços, e ela tem de atingi-las com ética e responsabilidade social. (MOREIRA, 2008).

Outrossim, é preciso ter em conta que a mera reparação do dano decorrente do ilícito não se revela suficiente como medida de prevenção e repressão ao comportamento indesejado. Pelo contrário, a adoção de uma mera lógica matemática de custo e benefício, na qual prevaleça tão-somente a reparação do dano no acordo de leniência, sem que a empresa denote uma mudança do ambiente interno criminógeno ou não colabore com a apresentação de provas concretas dos responsáveis pela prática do ilícito, pode conduzir a que o acordo se insira dentro de uma lógica imoral ou de mera conveniência empresarial.

## **7 ACORDO DE LENIÊNCIA E A RELAÇÃO ENTRE SÓCIO E ADMINISTRADOR DA EMPRESA.**

Como se sabe, o ente moral consiste em criação do Direito, com vistas a permitir que pessoas físicas conjuguem esforços, interesses e recursos para a consecução de objetivos em comum. Nesse contexto, em regra, a pessoa jurídica é dotada de personalidade jurídica autônoma e independente dos seus sócios e administradores, estando apta a se tornar titular, de forma lícita, de direitos e obrigações no ordenamento jurídico.

Para fins de exercer os direitos e cumprir as obrigações de que é titular, a pessoa jurídica, no caso a empresa, é organizada internamente em estruturas próprias, cada qual com suas prerrogativas e funções inerentes à formação e materialização da vontade da entidade no mundo real. Nesse sentido, considerando-se os dois tipos societários mais comuns na realidade brasileira (sociedades limitadas e sociedades anônimas), tais

centros de interesse manifestam-se principalmente nas figuras dos sócios e dos administradores dessas entidades.

Apesar da possibilidade dessas posições, em certas ocasiões, se confundirem, quando o sócio também exerça a função de administração da entidade, é certo que a complexidade dos negócios e do desenvolvimento econômico faz com que haja a separação de tais funções. Dessa maneira, é possível que, ao menos, três centros de interesses relevantes despontam: o interesse pessoal dos sócios, enquanto pessoas físicas; o interesse pessoal de administradores; e o interesse social, compreendido como o melhor interesse da empresa, abrangendo todos os agentes econômicos nela envolvidos (sócios, administradores, fornecedores, consumidores, trabalhadores, Fisco etc.).

Em regra, cabe aos sócios, reunidos em órgão próprio, compor a vontade da entidade. A vontade da entidade é manifestada, na prática, por meio de atos realizados pelos administradores, os quais, segundo o entendimento contemporâneo, tornam presente a empresa no mundo dos fatos.

Veja-se o exemplo da celebração de um acordo comercial relevante para a sociedade. Em geral, tal acordo e seus principais termos e condições devem ser apreciados e deliberados pelos sócios, em órgão próprio, à luz daquilo que vislumbra como o melhor interesse da empresa. Uma vez aprovados os termos e condições de celebração do acordo pelos sócios, cabe aos administradores, com funções executivas, efetivamente negociar e firmar o contrato.

A principal questão que aqui se coloca, consiste na pertinência do procedimento acima descrito para a negociação e celebração de um acordo de leniência. Nesse sentido, diversas seriam as indagações que a celebração de um acordo dessa natureza trás para a relação entre sócio e administrador. Como tratar o sigilo da negociação e celebração do acordo de leniência, caso tenham de ser deliberados e aprovados pelos sócios? Como permitir que um assunto tão relevante para o futuro da empresa seja decidido diretamente pelos administradores, sem a participação prévia dos sócios, que são aqueles que mais sofrerão os efeitos desse ato? Como assegurar às autoridades públicas que aqueles com que negociam e celebram acordos de leniência efetivamente possuem os poderes necessários para representar a corporação, vinculando-a ao teor do que for avençado com o poder público?

Como se percebe das questões apontadas, todas as partes envolvidas na negociação e celebração de acordos de leniência possuem

considerável interesse na delimitação de bases seguras, do ponto de vista corporativo, para que o acordo possa ser juridicamente executável. Portanto, a definição de um procedimento específico para embasar tais atos sobreleva de importância de *lege lata*, vale dizer, para os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional relacionados com o instituto do acordo de leniência.

Ultrapassada a questão procedimental inerente à negociação e celebração do acordo de leniência, destaca-se, ainda, a questão concernente a potencial ocorrência de conflitos de interesse entre os agentes corporativos envolvidos na confecção desse acordo.

## **8 ACORDO DE LENIÊNCIA E O CONFLITO DE INTERESSE ENTRE SÓCIO, ADMINISTRADOR E A PRÓPRIA EMPRESA.**

Uma questão bastante discutida no contexto empresarial diz respeito a adoção de medidas que coíbam a chamada teoria da agência. Com efeito, segundo esta teoria, aquele que comanda a entidade é chamado de “agente”, ao passo que o sócio, que é o proprietário da corporação – e, portanto, quem irá suportar os efeitos patrimoniais dos atos de gestão – são chamados de “principal”. A partir desse ponto de vista, é possível existir o desalinhamento entre o interesse social e os interesses particulares dos diversos agentes integrantes da organização.

Os agentes, ao atuarem como órgãos sociais, devem ter o interesse social da empresa como exclusivo fundamento para adoção de condutas, atendendo ao dever fiduciário que assumem junto à corporação e devendo, para tanto, relegar a segundo plano, ou mesmo afastar, seus próprios interesses ou aqueles das pessoas a eles vinculadas com laços que possam comprometer a sua independência. Em cada uma das relações existentes na empresa percebe-se a configuração dessa dinâmica “principal-agente”. Assim, a sociedade empresarial pode ser vista como um conjunto de contratos e relações jurídicas, administrados pelos agentes, dentre os quais se insere a negociação e celebração de acordos de leniência.

Os potenciais conflitos entre interesses opostos, que surgem na administração desses acordos ou nas situações jurídicas deles decorrentes, configuram hipótese prática do que se pode denominar de “conflito de agência”. No caso, existiria, de um lado, o interesse social e, de outro, em posição potencialmente antagônica, os interesses particulares dos agentes ou de terceiras pessoas.



Sobre esse aspecto, pode-se conjecturar, por exemplo, situação em que o administrador (a pedido do sócio controlador, ou ao arrepio da sua vontade e contrariando o procedimento previsto no item anterior) decida negociar e celebrar acordo de leniência, em nome da entidade administrada, com a finalidade de que as investigações não atinjam a sua esfera particular de interesses, “entregando” a empresa, mas não os agentes a ele vinculados, por qualquer motivo. Para evitar situações como esta, faz-se relevante o aprimoramento normativo, com o objetivo de contemplar a realidade dos chamados “custos de agência”, na busca por um alinhamento entre os interesses daqueles que comandam a organização com os da própria organização. Isto incentivaria a atuação dos agentes na negociação e celebração dos acordos de leniência, de maneira independente, transparente e em conformidade com o objeto social, buscando-se, de forma razoável, as maiores vantagens possíveis para a empresa, dentro dos parâmetros da boa-fé e da comutatividade das obrigações assumidas pelas partes.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade de uma revisão, de cunho societária-corporativa, nas normas aplicáveis e nos projetos em tramitação no Poder Legislativo, com vistas a conferir maior segurança jurídica ao procedimento de negociação e celebração de acordo de leniência.

## **9 ACORDO DE LENIÊNCIA E O DIREITO PROCESSUAL PENAL.**

No seu significado literal, leniência significa a qualidade do que é *lene, brando, suave, agradável*. Como visto ao longo do texto, acordo de leniência é a terminologia jurídica utilizada para denominar o acordo que o investigado ou acusado realiza com o poder público, colaborando nas investigações de uma determinada infração, obtendo, em contrapartida, certos benefícios, como a não aplicação ou a minoração da punição.

O acordo ou pacto de leniência tem sido utilizado, na generalidade dos países, a fim de fazer frente a uma nova forma de criminalidade que ganhou impulso em todo mundo com a globalização e as transformações econômicas que se sucederam. No Brasil, existem vários dispositivos legais que regulamentam várias espécies de acordos, conforme as já mencionadas Leis n. 12.529/2011 e 12.850/2013, com seus reflexos na esfera penal. Assim é possível afirmar que estes acordos – de origem norte americana – integram, atualmente, o sistema processual brasileiro.

A propósito, cumpre indagar se a celebração de acordo de leniência interfere ou mitiga a obrigatoriedade da ação penal pública, bem como com o sistema acusatório. Dito por outras palavras, questiona-se se institutos de origem norte americana, com negociações entre acusação e defesa, com a aceitação da culpa por este, em troca de benefícios como retirada ou redução das imputações, seriam consentâneos ou não com o modelo processual penal adotado a partir da Constituição de 1988.

A resposta para tais indagações exige uma breve análise sobre o sistema processual penal brasileiro, cujo Código de Processo Penal foi, inicialmente, elaborado em bases inquisitivas e, posteriormente, sofreu forte modificação com a adoção, pela Constituição de 1988, dos princípios relativos ao sistema acusatório. Como se sabe, a linha divisória entre um sistema processual acusatório e um sistema inquisitivo repousaria nas garantias constitucionais. Desse modo, não existe um único modelo acusatório, visto que cada país disciplina seu sistema processual penal, sendo correto afirmar que “acusatório” seria todo modelo que respeitasse as garantias constitucionais de um processo penal democrático.

Desta forma, uma das principais características de qualquer modelo acusatório, além da observância de garantias processuais, seria a presença de partes com funções distintas das do julgador. Isso porque não se pode aceitar, no sistema acusatório, que o julgador tenha poderes de iniciativa ou impulso processual próprias de um processo de partes.

Assim, se na pendência do inquérito policial ou do processo penal, sobrevier o interesse na celebração de acordo de leniência, com os efeitos penais previsto na lei, tem-se como fundamental a não-exclusão do Ministério Público no curso dessas tratativas. Isso porque, como se base, o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Nesse sentido, pode-se travar um paralelo entre acordo de leniência e outros institutos próprios de um consensualismo processual, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas previstas na Lei n. 9.099/1995, pontuando que são alternativas penais de iniciativa exclusiva do Ministério Público. Em suma, em um processo de partes, apenas o titular da ação poderia mitigar o princípio da obrigatoriedade.

Portanto, eventuais tentativas de retirar do titular da ação penal a legitimidade para transigir com investigado, realizando – sem o Ministério Público – acordos que possam repercutir na persecução criminal, violariam

o sistema acusatório, na medida em que uma das partes seria excluída da sua posição no processo penal.<sup>13</sup>

Nesse contexto, questiona-se a compatibilidade do acordo de leniência com o nosso modelo processual. Isso porque, ao permitir que a administração pública negocie acordo com a pessoa física ou jurídica responsável pelo ilícito, isso redundaria no impedimento de denúncia pelo MP, pois o seu cumprimento é causa de extinção da punibilidade dos crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990, e dos crimes relacionados com prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, bem como no art. 288, do Código Penal.

Não se questiona a relevância e a pertinência do instituto do acordo de leniência para a prevenção e repressão da criminalidade econômica. Porém, a ausência do Ministério Público em um acordo que repercute na ação penal, que repercute na punibilidade, é disposição legal de duvidosa constitucionalidade.

É certo que o legislador pode criar condições para o exercício da ação penal ou causas de extinção da punibilidade. Todavia, nos acordos contidos na Lei n. 12.259/2011 e 12.846/2013, a não previsão expressa da participação do titular da ação penal na celebração do pacto de leniência, pode acarretar efeitos mediatos negativos para o interesse público na adequada e eficaz repressão da criminalidade econômica, nela incluída a corrupção de funcionários públicos nacionais ou estrangeiros.

## **10 ACORDO DE LENIÊNCIA SEM A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ASPECTOS PRÁTICOS.**

Como já repetido ao longo do texto, no âmbito federal, são três os tipos de acordos de leniência: os realizados pela Controladoria Geral da União, atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC),

---

<sup>13</sup> Por conta dessa assertiva, considera-se que o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, que facultou aos delegados de polícia a iniciativa para negociar acordos de colaboração premiada, com reflexos na órbita penal, violou a Constituição Federal. Nesse sentido, o Procurador-Geral da República interpôs a ADI n. 5.508, questionando tais dispositivos da Lei n. 12.850/2013, visto que – no seu entender – apenas o Ministério Público, como titular da ação penal, poderia “transigir” com a obrigação de denunciar um investigado, ou de negociar com ele aspectos do processo criminal. A polícia seria um braço administrativo do Estado e, portanto, não poderia ser parte no processo. No entender do PGR, autorizar que delegados façam acordos poderia até violar o direito de defesa e o sistema acusatório pátrio. .

com base na Lei n. 12.846/2013; os pactuados pelo CADE, com base na Lei n. 12.529/2011; e os firmados pelo próprio Ministério Público Federal.<sup>14</sup>

Por vez, o CADE, desde 2003, sempre em parceria com o MPF, vem promovendo acordos de leniência, verificada a existência de seus pressupostos, ainda que não haja na Lei n. 12.529/2011, conforme dito linhas antes, a previsão expressa de participação. Isso se dá pelo fato de que o estabelecimento de que o acordo de leniência celebrado com base na Lei n. 12.529/2011 impede, como dito, a propositura de denúncia pela Procuradoria da República em decorrência dos crimes da Lei n. 8.137/1990, crimes relacionados com prática de cartel previstos na Lei n. 8.666/1993 e do art. 288, de Código Penal.

Em sentido oposto, a CGU, atual MTFC, considera ser a única legitimada a celebrar o acordo de leniência, com base na Lei nº 12.846/2013, por não existir previsão expressa de participação, no âmbito da administração pública federal do MPF. Vale salientar ser esse um entendimento controvertido, uma vez que ele pode violar a regra da indisponibilidade da ação penal – bem como a sua titularidade –, constitucionalmente assegurada ao *Parquet*.<sup>15</sup>

A propósito, em representação feita ao Tribunal de Contas da União (TCU), o MPF aduziu que, além de ser aquele posicionamento contrário ao disposto no art. 16, da Lei nº 12.846/2013, os acordos de leniência firmados pela CGU, e não fiscalizados, poderiam interferir tanto suas investigações, como as da Polícia Federal. A seu turno, o TCU, apesar de reconhecer a relevância da participação do MPF, considerou ser *prescindível* sua atuação na celebração do acordo de leniência. A propósito, o julgado concluiu:

87. Nesse teor, o parecer instrutivo enfrentou a questão da possível vinculação absoluta do parecer da CGU à possível

<sup>14</sup> 1) artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/1999 (dispõe sobre o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas); 2) art. 1º, §5º, da Lei n. 9.613/1998 (dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores); 3) art. 26 da Convenção de Palermo; 4) art. 37 da Convenção de Mérida; 5) artigos 4º a 8º da Lei n. 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal).

<sup>15</sup> Diante dessa questão controvertida, a doutrina e a jurisprudência se dividiram em três correntes. A primeira sustenta que a Lei n. 12.846/2013 conferiu ao atual MTFC faculdade de firmar o programa de leniência, e este acordo, na esfera administrativa, impede, de fato, que o Ministério Público ingresse com a ação penal. A segunda corrente afirma a impossibilidade de aplicação das regras do acordo de leniência na esfera penal, quando não houver a participação do MPF, em homenagem ao princípio da indisponibilidade da ação penal. Por fim, o terceiro entendimento é no sentido de que a concordância do Parquet é indispensável para a realização do acordo e para decretação da extinção da punibilidade dos crimes a ele relacionados. .

negativa de vantagem informada pelo MPF, quando ciente das exatas condições oferecidas ao leniente. No processo de consulta ao MPF poderão existir, afinal, informações sigilosas sobre a empresa delatora não compartilhadas ao executivo – sob pena de risco às investigações – o que, na prática, limitará ou vinculará a competência administrativa da CGU de celebrar o acordo de leniência ao juízo do *Parquet*. Seria, em última análise, eventualmente limitar a competência legal conferida à CGU.

88. A conclusão desta unidade técnica, com respaldo de toda digressão argumentativa oferecida, foi de que, embora recomendável a participação integrada do MPF na negociação conjunta de acordos administrativos, não se pode taxar como *contra legis* absoluta eventual tratativa específica em que essa boa prática não tenha sido objetivamente empreendida. Esse não é o extrato legislativo delineado pela Lei 12.846/2013, em suas especificidades, por mais criticáveis que sejam. Reduzir tal raciocínio a termo significa inferir que a negativa de inclusão do MPF nos termos de confidencialidade iniciais das negociações, embora desejável, não seja uma disposição coercitiva absoluta. Em outras palavras, pode-se até se questionar a intelecção legislativa de conferir tal responsabilidade à CGU; mas não se pode negar que a lei, em seu desígnio atual, prevê a CGU como a titular de avaliação da vantagem – mesmo reconhecendo o seu limitado poderio de conhecimento.<sup>16</sup>

Em que pese a edição da Instrução Normativa TCU n° 74/2015, que garante a participação do MPF na aferição da legalidade do acordo firmado pela CGU, no tocante à análise dos critérios legais a serem ali preenchidos, tem-se que acordo de leniência sem direta e efetiva participação do *Parquet* impede-o de promover a ação penal pública. Em

---

<sup>16</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Disponível em: [http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC\\_0824\\_13\\_15\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc). Acesso em 29/07/2016.

outras palavras, afronta a prerrogativa constitucional contida no art. 129, I, da Constituição Federal.<sup>17</sup>

Nesse sentido, o modelo desenhado pela Lei n. 12.846/2013 desconsidera a possibilidade de interferência em investigação criminal já em curso, com elementos suficientes à persecução. Este modelo não estabelece, ainda, mecanismos mandatórios de interação entre os órgãos para salvaguardar situações de eventual conflito, o que também é criticável.

## **11 ACORDO DE LENIÊNCIA E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

A Medida Provisória nº 703/2015 tentou implementar diversas inovações no regramento original do acordo de leniência, porém ela teve sua vigência encerrada no dia 29 de maio de 2016, não sendo convertida em lei. Todavia, subsistem em tramitação na Câmara dos Deputados projetos de lei que também tem por finalidade promover alterações significativas na disposição dos acordos de leniência, como, por e xemplo, os Projetos de Lei nº 3636/2015 e 4850/2016. O debate sobre acordo de leniência e a improbidade administrativa foi avivado pela mencionada MP nº 703, na medida em que previu a alteração do art. 17, da Lei n. 8.429/1992, que, no seu art. 17, § 1º, proíbe acordo ou qualquer transação no âmbito da improbidade administrativa, ante o postulado da indisponibilidade do interesse público.

Diante desse contexto, merecem ser feitas considerações *de lege ferenda* sobre a possibilidade de acordo de leniência gerar efeitos na responsabilidade de agentes públicos e privados pela prática de improbidade administrativa. Por outras lavras, seria válida modificação legislativa que permitisse efeitos do acordo de leniência nas ações de ações de improbidade administrativa?

Cuida-se de questão controvertida. De um lado, tal alteração da Lei n. 8.429/1992 estaria em consonância com novos paradigmas do Direito,

---

<sup>17</sup> É possível contra-argumentar no sentido de que a jurisprudência dos tribunais superiores se consolidou, nos casos de crimes contra a ordem tributária, no sentido da impossibilidade da propositura da ação penal sem que ocorra a decisão em processo administrativo (cf. a Súmula Vinculante n. 24 do STF). Por essa linha de raciocínio – e de forma similar –, o posicionamento do TCU com relação ao acordo de leniência sem o MPF não despertaria maiores questionamentos. No entanto, no tocante aos crimes contra a ordem tributária, a atuação administrativa está associada à própria existência do crime, eis que é indispensável para a configuração de elementar do tipo. Não é o que se passa nos crimes contra a ordem econômica, razão pela qual esse raciocínio analógico não pode prosperar.

coadunando-se, assim, com um novo marco regulatório da autocomposição dos conflitos, na esteira do que dispõe a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Em sentido contrário, sustenta-se que tal iniciativa seria flagrantemente inconstitucional, além de contrária ao interesse público de um combate eficaz ao fenômeno da corrupção, compromisso assumido pelo poder público não somente para a Sociedade brasileira, como, igualmente, em tratados e convenções internacionais. Nessa linha, vide o seguinte posicionamento:

“Como se não bastasse, o Senado passou a admitir a não aplicação das punições da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) em hipóteses de acordo de leniência, registrando que a Lei 8.429/92 é o mais importante e mais utilizado instrumento jurídico de proteção ao patrimônio público pelo MP hoje no Brasil.

(...)

Como se já não fossem bastantes os argumentos já mencionados, a justificativa de apresentação da Medida Provisória n. 703 para destravar a economia, permitindo que empresas suspeitas de corrupção tenham acesso a financiamentos públicos e fiquem impunes com anulação da multa prevista na Lei 12.846 danifica o princípio da livre concorrência e nega princípios universais esculpido nos pactos internacionais anticorrupção — especialmente da OCDE (1997) e Mérida (2003).” (OLIVEIRA e LIVIANU, 2016).

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República (PGR), em substancial parecer adicionado à ADI 5466,<sup>18</sup> que questionava a constitucionalidade da referida Medida Provisória, denota preocupação com os danosos efeitos que a mesma geraria, tendo opinado pela sustação cautelar de seus efeitos. No tocante à suposta “consensualidade administrativa” no âmbito da Lei de Improbidade, a ideia também não foi bem recebida pela PGR, que salientou: “A competência excessivamente ampla para celebração dos acordos, com reflexos potenciais sobre ações de improbidade e todos os benefícios do art. 16, § 2o, da lei alterada pela MP, debilita fortemente o princípio da responsabilidade, deturpa a finalidade

<sup>18</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. Procuradora Geral da República então em Exercício. Parecer do Ministério Público na ADI 5466/DF em trâmite no STF.

do instituto da leniência e fere a eficiência da administração pública na prevenção e repressão de atos ilícitos.”<sup>19</sup>

Por fim, registre-se que não se trata de uma mera discussão teórica, haja vista que as disposições contidas na MP n. 703 desapareceram juntamente com a perda da vigência pelo decurso do tempo. Isso porque, como visto, ainda há projetos de lei em tramitação no Parlamento que objetivam, dentre outras providências, fazer com que os acordos de leniência possam surtir efeitos não somente para determinados grupos de crimes, mas, também, para as infrações tipificadas na Lei n. 8.429/1992, o que evidencia que a presente discussão está longe de terminar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de leniência é um mecanismo inspirado na experiência internacional, precisamente na experiência estadunidense, e tem por finalidade precípua despertar o interesse dos coparticipantes de cartéis e esquemas de corrupção que não estejam no comando da atividade criminosa em colaborar nas investigações e elucidação do crime.

A norma específica, busca por intermédio do mecanismo da leniência, consoante ao seu significado de suavidade, abrandar a responsabilidade daquele que colaborar de maneira eficiente com o fornecimento de informações que conduzam ao esclarecimento da conduta criminosa.

Danos contra a ordem econômica representam grandes danos para a sociedade, de difícil reparação, com uma série de efeitos colaterais devastadores. Em virtude disso, é preciso que surjam novos instrumentos materiais e processuais que combatam essas condutas de forma mais efetiva, contudo sempre respeitando a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais consagrados.

A incorporação no Direito Penal Econômico de institutos típicos do Direito Econômico e do Direito Administrativo exigem uma investigação profunda quanto ao tipo de resposta que se pretende naquele âmbito e, especificamente, em relação aos problemas relacionados à persecução penal dos crimes econômicos, sendo aqui relevante o acordo de leniência.

A persecução penal e a resposta penal são inexoravelmente transformadas pelo Direito Penal Econômico e as propostas de

---

<sup>19</sup> Ibid. .



criminalização e regulamentação neste âmbito não podem abstrair inconseqüentemente a realidade complexa a ele subjacente.

Identifica-se, assim, uma conexão entre a colaboração premiada, o arrependimento posterior e, também, com a desistência da tentativa (desistência voluntária e arrependimento eficaz) como forma de estruturar o acordo de leniência como um instrumento híbrido voltado à cooperação com o Estado, a viabilização de uma posição mais favorável ao investigado, à reparação do dano decorrente do ilícito e, por fim, de um retorno do agente econômico a uma atuação conforme o direito.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de *criminal compliance***. *Prefácio de Artur de Brito Gueiros Souza*. Coleção Carolina [mídias digitais]. São Paulo: LiberArs, 2017. (no prelo).

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada não evita a perda de bens provenientes do crime**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-22/delacao-premiada-nao-evita-perda-bens-provenientes-crime>>. Acesso: 01.02.2016

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/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em 15 jun 2016.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº 105 de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120017>>. Acesso em 15 jun 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3636 de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350>>. Acesso em 15 jun 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4850 de 2016 Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 15 jun 2016.

BRISCOE, Ivan; Kalkman Pamela. The new criminal powers: the spread of illicit links to politics across the world and how it can be tackled. **CRU Report**. Netherlands: Clingendael Netherlands Institute of International Relations, 2016. Disponível em <<http://www.clingendael.nl/publication/new-criminal-powers>>. Acesso em 4.02.2016.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à luz do Código Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The Economic Structure of Corporate Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/giamundo-neto-mp-703-permite-acordo-acoes-improbidade>. Acesso em 14.06.2016.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: jusPODIVM, 2014

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **MP 703 - Escárnio ou deferência à racionalidade**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/mp-703-escarnio-ou-deferencia-a-racionalidade>. Acesso em 14.06.2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). In: **Revista Custos Legis on-line**. Vol. 4. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em < <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>> Acesso: 01.02.2016

MOREIRA, Marcílio Marques. Existe uma Ética do Mercado? In: **Revista do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial**. n. 10, ano 5, agosto de 2008. Disponível em: [http://www.etc.org.br/user\\_file/revista/etc\\_10.pdf](http://www.etc.org.br/user_file/revista/etc_10.pdf) - Acesso em: 22/07/2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. Disponível em: **Revista de Direito Administrativo**. Fundação Getulio Vargas: Rio de Janeiro. V. 231. 2003, pp. 129-156.

NADELMANN, Ethan A. Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society. In: **International Organization**, vol. 44, nº 4, PP 479-526. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/2706851> >Acesso: 28.01.2016

NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **El Derecho Penal Económico em La Era Compliance**. Valencia: Tirant to Blanch, 2013.

\_\_\_\_\_. Bases para um futuro Direito Penal internacional do meio ambiente. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo(coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArts, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. O acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras. *In*: **Revista de Defesa da Concorrência**, n.º 2, v. 3, Nov./2015.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

OLIVEIRA, Julio Marcelo de; LIVIANU, Roberto. **Medida Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica>. Acesso em 14.06.2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 2ª ed. Curitiba:Juruá, 2013.

PEREIRA, Merval. Jornal O Globo (online). **O Natal das Empreiteiras**. Disponível em: <http://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/o-natal-das-empreiteiras.html>. Acesso em 14.06.2016.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre Los Delitos Económicos como Subsistema Penal. *In*: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo**. Madrid: Colex, 2010.

ROXIN, Claus; tradução Luís Greco. Sobre a Fundamentação Político-Criminal do Sistema Jurídico-Penal. *In*: **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *Criminal Compliance*. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 108, p. 426, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Mai. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal** – Parte Geral. 4ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales em estruturas de empresa. *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial. Das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. *In* **Revista de Estudos Criminais**, nº 54, São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. *In* \_\_\_\_\_. **Inovações no Direito Penal Econômico**: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. *In*: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 22, n. 256, pp. 4-5. mar., 2014.

SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro** – um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil à luz do direito europeu. IX Prêmio SEAE. Concurso de Monografias sobre o tema Defesa da Concorrência. SEAE: Brasília, 2014.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRAZO DE CONTESTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA

## CONSIDERATIONS ON THE CONTEST TIME IN THE SMALL CLAIMS COURT OF PUBLIC TREASURY

Marcelo Henrique Matos Oliveira\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Juizado Especial da Fazenda Pública. 2 Prazo para a Contestação no Juizado Especial da Fazenda Pública. Conclusão. Referências

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar, de forma breve e objetiva, o momento adequado para apresentar contestação nas demandas endereçadas ao Juizado Especial da Fazenda Pública. Na prática há muita celeuma, especialmente quando a audiência é dispensada e alguns juízes aplicam de forma subsidiária o prazo de 15 (quinze) dias contido no art. 335 do Código de Processo Civil. Tal interpretação cerceia o direito de defesa do ente público e acarreta prejuízo a toda coletividade. Nesse contexto será apresentada a interpretação mais coerente com o microsistema dos Juizados Especiais a fim de garantir segurança e efetividade ao processo.

**Palavras-chave:** Juizado Especial da Fazenda Pública. Contestação. Contraditório. Audiência. Prazo.

**ABSTRACT:** *The objective of this work is to analyze, in a brief and objective way, the appropriate moment to present a challenge in the demands addressed to the Small Claims Court of Public Treasury. In practice there is a lot of excitement, especially when the hearing is dismissed and some judgments apply in a subsidiary way the period of 15 (fifteen) days contained in art. 335 of the Code of Civil Procedure. Such an interpretation deprives the right of defense of the public entity and entails prejudice to every collectivity. In this context will be presented the most consistent interpretation with the microsystem of the Small Claims Court in order to guarantee safety and effectiveness to the process.*

**Keywords:** *Small Claims Court of Public Treasury. Contestation. Contradictory. Court hearing. Deadline.*

## INTRODUÇÃO

As garantias do contraditório e da ampla defesa são normas constitucionais que devem ser respeitadas a todo custo, pois são frutos do Estado de Direito e essenciais à estabilidade das decisões judiciais. Qualquer mitigação, por mais simplória que seja, coloca em risco os alicerces do sistema e contribui para o descrédito do Poder Judiciário.

Nesse enfoque, este trabalho analisa os principais aspectos processuais e a interpretação cabível ao prazo de contestação, considerando o disposto no microsistema dos Juizados Especiais, de modo a

---

\* Mestre em Direito Coletivo, Cidadania e Função Social pela Universidade de Ribeirão Preto; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - UNIDERP; Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba - UNIUBE; Professor do curso de Direito da UNIUBE. Advogado.

demonstrar que deve haver compatibilidade entre a celeridade almejada e o devido processo legal. Para tanto, recorreu à pesquisa bibliográfica doutrinária em revistas e livros jurídicos, além da inclusão de material jurisprudencial, com o escopo de estabelecer a pesquisa acadêmica no âmbito da prática judiciária.

De qualquer forma, não se almeja esgotar o tema, mas sim provocar reflexões para contribuir na delimitação, interpretação e aplicação dos institutos aqui estudados.

## **1 JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA**

No dia 23 de dezembro de 2009, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 12.153, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Essa lei estabelece como absoluta a competência do juizado para julgar as causas cíveis de interesse do Estado e dos Municípios, inclusive de suas Autarquias, de valor não excedente a sessenta salários mínimos.

É inegável que a criação do juizado teve papel importante na promoção da justiça, especialmente por simplificar o procedimento e conceder celeridade com o afastamento de obstáculos à propositura da demanda. No entanto, não restringiu o devido processo legal e possui normas garantidoras do contraditório e da ampla defesa.

Além do Juizado Especial da Fazenda Pública, existem ainda o Juizado Especial Cível e Federal (Leis n.º 9099/95 e 10.259/01), que juntos formam um microsistema processual capaz de solucionar as controvérsias e omissões, embora também sofra aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 27):

Em nosso sistema, os juizados Especiais têm matriz constitucional no art. 98, I, da CRFB, sendo competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo.

O dispositivo constitucional em questão foi regulamentado pela Lei nº 9099/1995, Lei nº 10.259/2001 e Lei nº 12.153/2009, que formam o que se convencionou chamar de microsistema dos Juizados Especiais, na medida em que integram um regime específico para a proteção de certos direitos, devendo ser interpretadas sistematicamente no caso



de lacunas existentes em cada uma delas. E isso fica claro a partir da leitura do disposto no art. 1º, da lei nº 10.259/2001, e do art. 27, da lei nº 12.153/2009<sup>1</sup>.

O microsistema permite a aplicação simultânea, coerente e coordenada de várias fontes legislativas convergentes<sup>2</sup>.

Admitem-se como parte autora as pessoas físicas, as microempresas e as empresas de pequeno porte definidas na Lei Complementar nº 123/2006. No polo passivo, são legitimados os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como Autarquia, Fundações e Empresa Públicas a eles vinculadas.

Nos termos do art. 9 da Lei nº 9.099/1995, a parte autora possui capacidade postulatória para atuar sozinha, independentemente de advogado, nas causas de valor até vinte salários mínimos.

No que tange ao procedimento, a Fazenda Pública<sup>3</sup> deverá ser citada e intimada para comparecer em audiência de conciliação a ser realizada no prazo mínimo de 30(trinta) dias<sup>4</sup>, momento em que deverá fornecer toda a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa<sup>5</sup>.

Caso não haja acordo entre as partes, o que é bem comum diante da indisponibilidade do interesse público, a contestação poderá ser apresentada até o início da audiência de instrução e julgamento. Tal entendimento adveio da uniformização de jurisprudências no âmbito dos juizados especiais, resultando na edição do Enunciado nº 10<sup>6</sup>.

De acordo com a doutrina e jurisprudência, não é possível ofertar reconvenção e nem pedido contraposto, já que o ente público encontra-se legitimado apenas para atuar no polo passivo da demanda:

<sup>1</sup> BENEVENUTO. Thiago de Freitas. A audiência do art. 334, do CPC, e a Fazenda Pública em Juízo. In Fazenda Pública. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 791.

<sup>2</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jaime. In: Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p.18.

<sup>3</sup> A expressão Fazenda Pública é utilizada pela legislação para designar a presença em juízo de pessoa jurídica de direito público interno.

<sup>4</sup> Art. 7º da LEI nº 12.153/2009.

<sup>5</sup> Art. 9º da LEI nº 12.153/2009.

<sup>6</sup> Fórum Nacional dos Juizados Especiais - ENUNCIADO 10 – A contestação poderá ser apresentada até a audiência de Instrução e Julgamento. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fofaje/enunciados-civeis>.

Note-se que o réu nos Juizados não pode ofertar reconvenção, que é vedada pelo artigo 31 da Lei n. 9099/95, como forma de proteção à celeridade e à simplicidade no procedimento nesses órgãos. Contudo, pode apresentar pedido contraposto, que não configura peça própria ou ação autônoma, como é o caso da reconvenção, mas mero pedido formulado em sede de contestação. Esse pedido também pode ampliar a cognição fática, expressamente estabelecendo aquele dispositivo legal que deverá ficar limitado aos fatos alegados pelo autor na petição inicial.

O pedido contraposto possui uma restrição quanto à sua utilização comumente defendida: tal pleito somente pode ser formulado por aquele que também pode ser autor no Juizado Especial, para evitar burla à regra de capacidade de ser autor nesses órgãos<sup>7</sup>.

JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CEB. INADIMISSIBILIDADE DE PEDIDO CONTRAPOSTO EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO COM BASE NOS DITAMES DO ART. 5º, I, DA LEI Nº 12.153/2009. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. A CONTROVÉRSIA DEVE SER SOLUCIONADA SOB O PRISMA DA LEI QUE DISPÕE SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL, DOS TERRITÓRIOS E DOS MUNICÍPIOS, LEI Nº. 12.153/2009. A RECORRENTE, EM SEDE RECURSAL, ALEGA QUE É POSSÍVEL O PEDIDO CONTRAPOSTO EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL DE FAZENDA PÚBLICA, SOB O FUNDAMENTO QUE ENUNCIADO Nº. 31 DO FONAJE ASSIM DISPÕE. É INADMISSÍVEL O PEDIDO CONTRAPOSTO APRESENTADO PELA COMPANHIA ENERGÉTICA DE BRASÍLIA - CEB, EM SEDE DE JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA, EIS QUE VAI DE ENCONTRO AOS DITAMES DO ART. 5º, I, DA LEI Nº. 12.153/2009. ANTE O EXPOSTO, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO E MANTENHO A R. SENTENÇA RECORRIDA. VENCIDA A PARTE RECORRENTE, DEVERÁ ARCAR COM OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, QUE FIXO EM R\$

---

<sup>7</sup> RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2ª edição. Atlas: 2017, p. 324.

300,00 (TREZENTOS REAIS), NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SEM CUSTAS PROCESSUAIS ACÓRDÃO LAVRADO NOS MOLDES DO ART. 46 DA LEI FEDERAL N. 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995<sup>8</sup>.

Na audiência de instrução e julgamento ocorrerá a colheita das provas e, conseqüentemente, será prolatada a sentença.

Admite-se a interposição de recurso inominado no prazo de 10 (dez) dias, aplicando o art. 42 da Lei 9.099/95. Permite-se ainda, a oposição de embargos de declaração toda vez que a decisão for omissa, obscura, contraditória ou houver dúvida.

Quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias, embora a Lei 9.099/95 não admita a interposição de recurso específico, o que faz com que sejam tidas como irrecorríveis em separado<sup>9</sup>, no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública, há permissivo legal para interposição de agravo em face de decisões cautelares e antecipatórias:

Art. 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.

Art. 4º Exceto nos casos do art. 3º, somente será admitido recurso contra a sentença.

Admite-se ainda, o ajuizamento de Mandado de Segurança como sucedâneo recursal quando o ato for ilegal ou praticado em abuso de poder e não se amoldar aos artigos 3º e 4º acima<sup>1011</sup>.

Os recursos serão julgados pela Turma Recursal de forma colegiada, sendo possível a interposição de recurso extraordinário caso haja ofensa à Constituição (CF, art. 102, inciso III e §3º).

<sup>8</sup> TJ-DF - ACJ: 157768520118070001 DF 0015776-85.2011.807.0001, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANA, Data de Julgamento: 20/03/2012, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: 23/03/2012, DJ-e Pág. 263.

<sup>9</sup> NEGRÃO, Teothonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 375.

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça. Súmula 376. Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ).

<sup>11</sup> Enunciado n. 88, do FONAJEF: É admissível Mandado de Segurança para Turma Recursal de ato jurisdicional que cause gravame e não haja recurso. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf>.

Em suma, percebe-se que o sistema processual apesar de privilegiar a celeridade e a informalidade, garante o contraditório e a ampla defesa, até porque qualquer tentativa de restringir tais direitos seria flagrantemente inconstitucional e poria em risco a segurança jurídica.

Barbosa Moreira leciona que a justiça precisa ser célere, mas não a qualquer custo:

Justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço<sup>12</sup>.

Portanto, a interpretação correta das normas contidas na lei permitirá que o processo realize seu fim precípuo, compatível com os princípios da celeridade da segurança jurídica, garantindo a estabilidade das relações jurídicas.

## **2 PRAZO PARA A CONTESTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA**

De acordo com o enunciado nº 10 do Fórum Nacional de Juizados Especiais, a contestação poderá ser apresentada até a data da audiência de instrução e julgamento. Entretanto, percebe-se na prática que a maioria dos juízos tem apresentado posicionamentos destoantes e muitas vezes prejudiciais ao ente público.

Diante da impossibilidade de composição da lide, é comum a dispensa da audiência de conciliação e a estipulação do prazo de 15 (quinze) dias contido no Código de Processo Civil para a Fazenda Pública apresentar contestação. Todavia, a aplicação subsidiária desse diploma normativo afronta o direito de defesa do ente público e não está em consonância com os princípios norteadores do Juizado Especial.

Sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em caso de omissão legislativa do microsistema e a necessidade de consonância com os princípios do Juizado Especial, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Embora a lei n. 9099/1995 seja omissa a respeito, é intuitivo que, nas lacunas das normas específicas dos Juizados Especiais, terão cabimento as regras do Código de Processo

<sup>12</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, v. 102, p. 228-237, abr.-jun. 2001, p. 232.

Civil, mesmo porque o art. 272, par. Único, contém previsão genérica de que suas normas gerais sobre procedimento comum aplicam-se complementarmente ao procedimento sumário e aos especiais. É de reconhecer-se que, entre outros, institutos como a repressão à litigância temerária, à antecipação de tutela e a medidas cautelares devem ser acolhidos no âmbito do Juizado Especial Civil, assim como todo o sistema normativo do Código de Processo Civil, em tudo que seja necessário para suprir as omissões da lei específica, desde que não interfira em suas disposições expressas e não atrite com seus princípios fundamentais. No entanto, é importante ressaltar que nenhuma lacuna da lei n. 9099/95 poderá ser preenchida por regra do Código de Processo Civil que se mostre incompatível com os princípios que norteiam o Juizado Especial na sua concepção constitucional e na sua estruturação normativa específica<sup>13</sup>.

Observa-se que a Lei nº 12.153/2009 prevê um prazo mínimo de 30(trinta) dias entre a citação da Fazenda Pública e a audiência de conciliação:

Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

A Procuradoria da União no Ceará, por meio da Divisão dos Juizados Especiais Federais, recorreu de decisão que determinava a apresentação da contestação no prazo de 15 (quinze) dias, arguindo que tal prazo invade o direito das partes em resolver o conflito através de um acordo/transação, bem como antecipa o momento para a apresentação da resposta, em evidente divergência com as Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001.

A Lei nº 10.259/01 estabelece ser de 30 dias a citação para a audiência de conciliação, podendo a defesa ser apresentada até a audiência de instrução e julgamento. Com base nisso, foi demonstrado que houve cerceamento de defesa, com ofensas aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Consequentemente, foi declarada a nulidade absoluta do processo e determinado o retorno dos autos à origem e nova citação com prazo mínimo regular de 30 dias:

---

<sup>13</sup> Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais. 41 ed. RJ: Forense, 2009, V. III, p. 414.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. DIREITO DE RESPOSTA. CONTESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO OU IMPOSIÇÃO JUDICIAL CONCRETA DO PRAZO DE QUINZE DIAS PARA A APRESENTAÇÃO DA RESPOSTA DO RÉU NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI FEDERAL Nº 10.259/2001, ART. 9º. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Em caráter excepcional, é admissível o Mandado de Segurança no âmbito recursal dos Juizados Especiais, conforme restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 586789, desde que verificadas as demais condições de admissibilidade para o conhecimento da ação mandamental, notadamente a flagrante ilegalidade do ato apontado como coator. 2. Se, de um lado é correto admitir-se que o legislador não disciplinou de forma expressa (como assim o fez no CPC, v.g.) o prazo da contestação, determinou, por outro lado, que a mesma fosse apresentada no momento e no exato instante em que realizada a audiência de conciliação, instrução e julgamento, até mesmo porque reputou-a obrigatória nas ações que tramitam sob o rito das Leis 10.259/2001 e 9.099/95. 3. Daí porque, pretendesse a autoridade coatora desvelar, via interpretação, regras secundárias de natureza processual a partir de regras primárias contidas no sistema legal (*tertium genus*), não poderia fazê-lo de forma a reduzir a extensão e a amplitude do direito de defesa da parte ré, escolhendo-se um quadro que lhe foi mais desfavorável, igualmente em prejuízo da nítida opção do legislador. 4. Segurança concedida para que a União Federal venha a apresentar, na forma da legislação em vigor, defesa no prazo de 30 (trinta) e não mais em 15 (quinze) dias, como ordenado pelo Juízo da 29ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, anulando-se os autos desde o despacho citatório, devolvendo-se o prazo para contestação nos autos dos Processos 0503704-75.2013.4.05.8101 e 0503715- 07.2013.4.05.8101<sup>14</sup>.

Dessa forma, ainda que o juízo opte por dispensar a audiência de conciliação, deverá conceder o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da contestação.

---

<sup>14</sup> Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará. Processo 0500201-60.2013.4.05.9810. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/20327472>. Fortaleza, 14 de novembro de 2013.

Reforçando esse entendimento, o art. 9º da Lei 12.153/2009 impõe à parte ré a apresentação de toda documentação de que disponha para o esclarecimento da causa até a data da audiência de conciliação:

Art. 9º A entidade ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Humberto Theodoro Júnior leciona que o momento correto para a apresentação da defesa é na audiência de conciliação. Assim, seria um contrassenso dispensar a audiência e reduzir o prazo para apenas quinze dias:

O demandado é citado para comparecer a uma audiência de conciliação, onde deverá, se for o caso, oferecer sua contestação. Em regra, o autor deve ser cientificado da data da audiência no próprio ato do ajuizamento da causa. Se isso não ocorrer, terá de ser intimado, consoante as regras comuns do CPC<sup>15</sup>.

O prazo de 30 (trinta) dias é essencial para que a Fazenda Pública obtenha as informações necessárias e exerça um efetivo contraditório. Aliás, esse posicionamento encontra respaldo no Manual de Procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>16</sup>:

#### 4.4 Contagem dos prazos e Contestação

Ainda que não haja prazo específico para apresentação da contestação pelo ente público, nem, tampouco prazo diferenciado (art. 7.º da Lei n.º 12.153/09), tem-se adotado o interstício de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento do mandado de citação pela parte ré, por ser o prazo mínimo previsto em lei para a realização de eventual audiência de conciliação, não cabendo qualquer tipo de pedido contraposto.

Os prazos, de um modo geral, são contados da data da intimação ou ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação, observando-se as regras

<sup>15</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Palestra proferida em 19.02.2010, III Encontro de Juizes Especiais do Estado de Minas Gerais, e, em 26.02.2010, no I Seminário de Direito Processual Civil do Triângulo Mineiro: O Processo Civil no Século XXI. Disponível: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/668/1/palTJ-OSJ.pdf> Acesso em 22.02.2017.

<sup>16</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Manual de Procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/190775/Manual+dos+Juizados+Especiais+da+Fazenda/5989c155-4932-4c84-b53e-0b9322cc55e8>. Acesso em 22.02.2017.

de contagem do Código de Processo Civil ou do Código Civil, conforme o caso.

No mesmo sentido a jurisprudência,

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA - COMARCA DE CAMBORIÚ. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL. Processo 0301698-52.2015.8.24.0113 - Procedimento do Juizado Especial Cível - Repetição de indébito Tendo em vista o contido na petição de fls. 424-425, defiro o pedido lá formulado e, por consequência, cancelo a audiência aprazada. 2. Redesigno o ato para o dia 28-4-2016, às 14h. 3. Intimem-se todas as partes, os advogados e cite-se os réus, com urgência e em tempo hábil para a audiência (art. 7º da Lei n. 12.153/2009). 4. Esclareço que, Ainda que não haja prazo específico para apresentação da contestação pelo ente público, nem, tampouco, prazo diferenciado (art. 7º da Lei n. 12.153/09), tem-se adotado o interstício de 30 (trinta) dias a contar do recebimento do mandado de citação pela parte ré, por ser o prazo mínimo previsto em lei para a realização de eventual audiência de conciliação, não cabendo qualquer tipo de pedido contraposto. (Poder Judiciário de Santa Catarina. Manual de procedimentos dos juizados especiais da fazenda pública, p. 14) (destacou-se) 5. Cumpra-se com urgência. 6. Intimem-se<sup>17</sup>.

Essa interpretação advém da máxima aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas também pode ser obtida por um simples silogismo: “1) o ato inaugural do processo, a citação para a audiência de instrução, deve ser efetuada e concretizada com antecedência mínima de trinta dias; 2) a contestação pode ser apresentada até a audiência de instrução e julgamento; 3) regra geral, o prazo máximo para ofertar a contestação é de 30 dias, prazo que flui entre a citação, regularmente realizada e a data da audiência, previamente definida”<sup>18</sup>

Portanto, embora o Juizado tenha sido criado para dar celeridade ao processo, não afastou o direito da parte a um efetivo contraditório. É preciso cautela ao interpretar as normas contidas no microsistema dos Juizados Especiais, sob pena dessas inovações implicarem no afastamento

<sup>17</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Comarca de Camboriú. 2ª Vara Cível. Processo n. 0301698-52.2015.8.24.0113 - Procedimento do Juizado Especial Cível / Repetição de Indébito - 02/02/2016 do TJSC. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/302835677/andamento-do-processo-n-0301698-5220158240113-procedimento-do-juizado-especial-civel-repeticao-de-indebito-02-02-2016-do-tjsc>.

<sup>18</sup> Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará Processo nº 0500201-60.2013.4.05.9810 27/11/2013).



das garantias fundamentais e, ao invés de garantir efetividade ao processo, implicarem em retrocesso<sup>19</sup>.

Sobre a impossibilidade do o juiz sacrificar o contraditório e a ampla defesa, José Roberto dos Santos Bedaque afirma:

Como condutor do processo, o juiz tem o dever de, sem sacrificar o contraditório e a ampla defesa, procurar a solução mais rápida possível para o litígio. Para tanto, é dotado de inúmeros poderes, especialmente aqueles destinados a evitar a litigância de má-fé [...] A busca da rápida solução do litígio não deve transformar-se, todavia, no objetivo maior do julgador. Ao lado do valor celeridade, encontra-se a segurança, proporcionada pelo devido processo legal. Ambos devem ser levados em consideração pelo juiz, na condução do processo<sup>20</sup>.

Não é demais lembrar que qualquer prejuízo ao erário advindo de uma defesa insuficiente e circunstancial é suportado por toda coletividade. Assim, a restrição do prazo para apresentar contestação deve ser reconhecida como cerceamento de defesa, especialmente se considerar a estrutura da Administração Pública que dispõe de menos advogados públicos do que o necessário e do burocrático tramite para requisitar as informações.

Sabe-se que a crise financeira que assola o Brasil atinge também a Administração Pública, especialmente os Municípios, de modo que não há disponibilidade orçamentária para a contratação de servidores e aquisição de equipamentos em proporção adequada à demanda e em tempo hábil.

Em outras palavras, Leonardo José Carneiro da Cunha leciona que, “além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa”<sup>21</sup>.

Portanto, longe de ser um privilégio, a concessão do prazo mínimo de 30 (trinta) dias para apresentar contestação quando se trata de demanda

---

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso À Justiça. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998, p. 163.

<sup>20</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. São Paulo: Malheiros. 2006.

<sup>21</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 8ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 35. .

endereçada ao Juizado Especial da Fazenda Pública é a garantia do efetivo contraditório e encontra respaldo nos arts. 7 e 9 da Lei 12.153/2009.

## CONCLUSÃO

Nas demandas que tramitam perante o Juizado Especial da Fazenda Pública haverá uma audiência de conciliação designada para data não inferior a 30 (trinta) dias, contados da citação do ente público, o que permitirá colher todas as informações e documentos necessários para o deslinde da ação.

A contestação poderá ser apresentada até a audiência de instrução e julgamento.

No entanto, caso o juízo dispense a audiência de conciliação e, de antemão, cita a parte ré para apresentar defesa, não poderá fixar prazo inferior a 30 (trinta) dias, sob pena de inconstitucionalidade por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, além afrontar o próprio microsistema dos Juizados Especiais, que prevê tal prazo na exegese dos artigos 7º e 9º da Lei 12.153/2009.

Interpretação diversa acaba por privilegiar a celeridade em detrimento da segurança jurídica, acarretando em decisões equivocadas e, conseqüentemente, no descrédito do Poder Judiciário. Os princípios da celeridade e da segurança jurídica devem caminhar juntos, pois a justiça que tanto se almeja nas decisões judiciais só é obtida no tempo exato, com equilíbrio e garantia de que a causa teve apreciação criteriosa.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, v. 102, p. 228-237, abr.-jun. 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros. 2006.

BENEVENUTO, Thiago de Freitas. A audiência do art. 334, do CPC, e a Fazenda Pública em Juízo. In *Fazenda Pública*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Enunciado nº 13. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/site/enunciados>. Acesso em 22.02.2017

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 3168, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006. Publicado no DJU 04/03/2007

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Manual de Procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública**. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/documents/>. Acesso em 22.02.2017

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso À Justiça**. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1998.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jaime**. In: Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEGRÃO, Teothonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Palestra proferida em 19.02.2010, III Encontro de Juizes Especiais do Estado de Minas Gerais, e, em 26.02.2010, no I Seminário de Direito Processual Civil do Triângulo Mineiro: O Processo Civil no Século XXI. Disponível: <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/668/1/palTJ-OSJ.pdf> Acesso em 22.02.2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais**. 41 ed. RJ: Forense, 2009, V. I e V. III



# A LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO ESTATAL

## *THE REPRESENTATIVE DEMOCRACY LEGITIMATION: THE CONSTITUTIONAL PREDICTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND WARRANTIES AS BENCHMARK FOR PARLIAMENTARY OF THE STATE ACTION*

Luiz Renato Telles Otaviano\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Aspectos da evolução dos direitos e garantias individuais na história constitucional brasileira. 2 Redemocratização e a centralidade dos direitos e garantias fundamentais. 3 Direitos e garantias fundamentais como parâmetro para a atuação parlamentar. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Objetiva-se analisar os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, enquanto parâmetro para a atuação Estatal, como corolário do programa político estabelecido pela Constituição de 1988. Para tanto, aspectos da evolução dos direitos e garantias fundamentais serão analisados, com o propósito de evidenciar o caminhar constitucional brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824, de forma a estabelecer a centralidade e o protagonismo que estabelecem os direitos e garantias fundamentais como norte a ser seguido pelo Estado.

**Palavras-chave:** Direitos e garantias fundamentais. Evolução constitucional. Interpretação constitucional. Atuação estatal.

**ABSTRACT:** *The objective is to analyze the fundamental rights and warranties foreseen in the constitution, as parameter for State action, as a corollary of the political program established by the Constitution of 1988. Thus, aspects of the development of fundamental rights and guarantees, will be analyzed in order to highlight the Brazilian constitutional, since the Imperial Constitution of 1824, in order to establish the centrality and leading role that establish the rights and guarantees as north to be followed by the State.*

**Keywords:** *Fundamental rights and warranties. Constitutional development. Constitutional interpretation. State action.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais<sup>1</sup>, enquanto fator determinante da efetividade do sistema político representativo brasileiro

\* Mestre e especialista em Direito Público pela Unioledo de Araçatuba/SP. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul Campus de Três Lagoas. Líder do grupo de pesquisa Tutela jurisdicional na modernidade. Advogado.

<sup>1</sup> Não se pretende discutir (uma) teoria dos direitos fundamentais, consideram-se fundamentais, portanto, os direitos e garantias aos quais o legislador constituinte atribuiu tal natureza, para o fim de analisar aspectos correlatos a consequências dessa natureza.

**Como citar:** OTAVIANO, Luiz Renato Telles. A legitimação da democracia representativa: a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais como parâmetro para a atuação estatal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 213-233, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

- sustentáculo da soberania popular, e base de sustentação da própria democracia – tendo como parâmetro o processo de interação entre a Constituição e a sociedade. Condição que, inexoravelmente, alça os direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional à centralidade e ao protagonismo da atuação estatal, em todas as suas esferas.

Compreendendo-se, para tanto, processo de interação constitucional como a busca de legitimação e efetividade da Constituição. Não olvidando, contudo, os percalços naturais de tal processo. Ou, em outras palavras, reconhecendo que um novo texto constitucional não produz, instantaneamente, todos os efeitos esperados.

Indispensável observar que a democracia, em termos atuais, não pode ser entendida, simplesmente, como a participação popular formal na composição dos poderes públicos - direito ao voto. A complexidade das relações sociais hodiernas impõe a rediscussão das tradicionais formas de expressão da democracia, que é indispensável para a efetivação da fórmula do governo do povo, e para o impedimento do governo, meramente, legitimado pelo sufrágio. Afinal, uma Constituição democrática não se legitima definitivamente pela promulgação. Trata-se de um caminhar constante, uma construção que se dá, de fato, dia a dia.

Com efeito. O artigo 1º da Constituição Federal estabelece a cláusula federativa, constituindo o Brasil em um Estado Democrático de Direito indissolúvel, e atribui, nos seus incisos, os seus fundamentos. Nos interessa, especialmente, os incisos II, III e V, que estabelecem a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos do Estado brasileiro. E, mais adiante, o parágrafo único, que determina a soberania popular mediante a consagrada fórmula: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Na sequência, consagra-se, no artigo 2º, a clássica tripartição de poderes, estabelecendo a independência e a harmonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Já no art. 3º, a CF estabelece: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma discriminação, como objetivos fundamentais da República.

Anote-se que o afastamento da tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder é comumente considerado como símbolo

da pretensão de um Estado Democrático. Assim, busca-se eliminar a concentração de poder, bem como sua inclinação ao arbítrio e ao desprezo pelos interesses e pelas garantias mínimas dos governados.

Com a pretensão de analisar o contexto acima, relacionando-o com o processo de interação entre a Constituição e a sociedade, não podemos olvidar que a cláusula federativa, além do voto, da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais, não está sujeita à emenda constitucional que tenha por objetivo a sua abolição, por determinação expressa do texto Constitucional constante do inciso I, parágrafo 4º do artigo 60.

As cláusulas pétreas, inegavelmente, são de duvidosa valia para o processo de interação entre a constituição e sociedade. Não é novidade que a instabilidade e a falta de perenidade são características das denominadas Constituições rígidas; ou seja, aquelas dotadas de cláusulas pétreas e/ou de procedimentos especiais, mais rigorosos, para alteração de seu texto.

Note-se, entretanto, que (ao contrário do que se defende aqui) assegurar a estabilidade e a perenidade do texto constitucional já foi citado, também, como justificativa para o impedimento ou a dificuldade de reforma do texto. Ademais, já se entendeu que a imposição de regras imutáveis, a par de não evitar abusos contra a lei maior, acaba por induzir a ruptura do sistema constitucional: eis que todas as vezes que uma cláusula pétrea contraria fortemente a vontade da maioria legislativa – detentora do poder –, a opção que resta é a utilização do poder constituinte originário para a elaboração de uma nova Constituição.

Dito isso, é de se considerar que o respeito à dignidade humana (pela via da efetividade dos direitos e garantias fundamentais) é indispensável para que a representação política seja eficazmente utilizada como forma de sustentar a democracia.

Já a representação política, a seu turno, não prescinde da cidadania e do pluralismo político. Nesse passo, o art. 14 da CF estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito; referendo; iniciativa popular.

Assim, forma-se um círculo virtuoso, no qual o integral respeito à dignidade humana - objetivo último da constitucionalização de direitos e garantias fundamentais - permitirá o adequado exercício da cidadania, que, por sua vez, estabelecerá as bases da representação política pluralista. Essa representação política, no que lhe concerne, terá como tarefa, entre outras, impulsionar a atuação estatal positiva garantidora dos direitos e

garantias fundamentais, legitimando a democracia rumo aos objetivos estabelecidos pela Constituição.

Importante mencionar que a democracia legítima não pode se limitar ao respeito às liberdades civis. Já que deve, necessariamente, respeitar, também, os direitos humanos, incluindo todos os indivíduos e não apenas aqueles com direito ao voto. Assim, temos que o ponto inicial da legitimação da democracia está na previsão constitucional dos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma vez respeitados, plenamente, os direitos individuais, a soberania popular poderá, de fato, representar a vigência da democracia.

Nas ocasiões em que as Constituições brasileiras nasceram como fruto de assembleias constituintes legitimadas pelo voto, para representar a soberania popular, pôde-se afirmar, por óbvio, que a elaboração do texto constitucional foi o primeiro ato da atividade parlamentar representativa do povo.

Seguindo o mesmo passo, a previsão de direitos e garantias individuais é o ponto inicial da legitimação da democracia, uma vez que é tarefa dos representantes do povo (eleitos de acordo com a forma constitucionalmente determinada) garantir a continuidade da soberania popular sob a organização de Estado de Direito.

Considerando, portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana como o ponto de partida para a efetividade do regime democrático (sustentado pela representatividade política pluralista), far-se-á a análise de aspectos da evolução constitucional dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

Adiante, portanto, apresentar-se-á, em linhas gerais, a evolução histórico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais no Brasil. Observe-se que as categorias conceituais em estudo serão analisadas e contextualizadas por intermédio do método histórico-analítico, com a utilização dos textos constitucionais brasileiros – desde o primeiro de 1824 até o vigente de 1988 – e de literatura doutrinária pertinente e disponível,



considerando-se os limites próprios de um ensaio acadêmico que não contém a pretensão de apresentar conclusões definitivas.

## **1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

A Carta de Lei de 1824, primeira e única Constituição do Brasil Imperial, outorgada pelo Imperador Dom Pedro Primeiro, tratou dos direitos e garantias individuais dos cidadãos no título VIII, artigos 173 a 179, sob a denominação “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. De forma ousada, para a época, teve início a história constitucional brasileira, e a era dos direitos e garantias individuais concebidos no Brasil. Desde o descobrimento até 1824, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, de Portugal.

A forma moderna como foi tratada a questão dos direitos individuais em 1824 foi tão expressiva que, hodiernamente, os princípios ali insculpidos se mantêm atuais. O que revela maior perplexidade, entretanto, é que (até hoje) aqueles direitos não alcançaram completa efetividade; isto é, nunca houve total interação entre as normas e a sociedade brasileira, em razão das constantes alterações constitucionais, inclusive. Tais direitos se mantiveram no plano da formalidade, sem plena materialização.

A influência do liberalismo, que tomou conta da Europa no início do século XIX, fez com que a maioria dos dispositivos erigidos à qualidade de direitos e garantias individuais em 1824 permaneçam atuais, ainda que não se possa afirmar que são plenamente eficazes. Por óbvio, o Brasil não ficou imune às novas tendências políticas e jurídicas de origem europeia, conforme apontado adiante:

Mas aqui já se constituíra uma nobreza brasileira. [...] bem como ‘uma aristocracia intelectual, graduada na sua maioria pelas universidades européias (sic), [...] que haveria de influir na formação política desses primeiros tempos, que coincidem com o aparecimento de um novo fator, um novo modificador da estrutura política, que são as novas teorias políticas que agitavam e renovavam, desde os seus fundamentos, o mundo europeu: o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia, a República. Tudo isso justifica o aparecimento do movimento constitucional, no Brasil, ainda quando D. João VI mantinha a sua corte no Rio de Janeiro. Cogitou-se até de aplicar

aqui, salvo as modificações que as circunstâncias locais tornassem necessárias, a própria constituição elaborada pelas Cortes portuguesas, chamada Constituição do Porto'. (SILVA, 1998, p. 75)

Confirmando o que se disse, é possível mencionar direitos previstos já em 1824, e que, até a atualidade, se mostram de efetividade questionável. Veja-se o parágrafo 21, do art. 179, que tratou das condições necessárias para que um indivíduo fosse submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade, e estabelecia “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”.

Extremamente atual, em pleno século XXI, é a questão da individualização da pena e, muito mais, a relativa às condições mínimas de tratamento do ser humano preso. É de causar profundo dissabor a realidade das prisões brasileiras - realidade que não é diferente em grande parte do mundo civilizado - e a total incompetência e inoperância do Estado quando se trata de solucionar o problema.

Insta consignar, entretantes, que o preceito Constitucional de 1824 – que impunha ao Estado o dever de separar os presos em razão dos diferentes tipos de crimes e ainda de oferecer prisões com as condições mínimas necessárias para a sobrevivência e convivência humanas – não mudou a sociedade da época. Tampouco, inibiu os abusos cometidos contra aqueles que se achavam submetidos a sentenças de prisão e, até mesmo, contra aqueles que se achavam no aguardo de solução para acusações ainda não comprovadas.

Da mesma forma, apesar de passado um quarto de século da promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI) e as regras mínimas de tratamento da ONU, ratificadas pelo Brasil, não impedem as condições subumanas a que são submetidos aqueles que se acham custodiados pelo Estado, acusados ou condenados pela prática de crimes.

Essa é uma pequena demonstração da modernidade do texto da Constituição Imperial de 1824. Evidencia, por outro lado, o fato de que a República brasileira permanece sem resolver questões básicas para o bem-estar da coletividade, ainda que o ordenamento jurídico constitucional garanta os direitos individuais dos cidadãos.

Como buscamos demonstrar, a Constituição Imperial de 1824 pode ser definida como extremamente avançada para a sua época, ao

menos no que tange aos direitos e garantias individuais (ainda que toda essa modernidade não tenha tido o condão de modificar os valores sociais da época). Prova disso era a situação dos escravos, que viviam numa sociedade extremamente avançada na questão dos direitos humanos, e continuaram por muito tempo sendo concebidos apenas como objeto de direito, pertencentes aos seus donos, e não como sujeitos de direitos (seres humanos).

Importa registrar, ainda, que a Carta Política de 1824, apesar de prever expressamente inúmeros direitos e garantias individuais, não trazia em seu texto qualquer forma prescrita para sua defesa contra eventuais abusos cometidos, por autoridades ou não.

Remédios jurídicos, como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança, não faziam parte do ordenamento jurídico durante o Império. Somos impelidos a concluir, portanto, que – embora pródiga em prever direitos e garantias individuais – a Constituição de 1824 carecia de meios que permitissem o exercício desses direitos, deixando, assim, os indivíduos à mercê de todo tipo de abuso, cometidos por autoridades ou meros pertencentes às classes sociais dominantes da época. Os direitos previstos na Constituição eram formais, nada além disso.

Por fim, analisar-se-ão as disposições constantes dos parágrafos 34 e 35, do art. 179, da Constituição de 1824<sup>2</sup>, que tratam da suspensão da Constituição, especificamente, no que respeita aos direitos e garantias individuais, que continham a previsão de hipóteses em que os direitos individuais podiam ser suspensos.

Como se pode observar pela leitura do texto, em que pese o fato de a Constituição não estar dotada de meios para que os indivíduos pudessem efetivar os seus direitos e garantias individuais, e, tampouco, meios para que pudessem se proteger contra abusos, essa mesma Constituição previa

---

<sup>2</sup> 34. Os Poderes constitucionais não podem suspender a Constituição no que diz respeito aos direitos individuais, salvo nos casos e circunstâncias especificados no parágrafo seguinte. 35. Nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado que se dispensem, por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazê-lo por ato especial do Poder Legislativo. Não se achando, porém, a esse tempo reunida a Assembléia (sic), e correndo a Pátria iminente perigo, poderá o Governo exercer esta mesma providência, como medida provisória e indispensável, suspendendo-a imediatamente, quando cesse a necessidade urgente que a motivou; devendo, em um e outro caso, remeter á Assembléia (sic), logo que reunida for, uma relação motivada das prisões e de outras medidas de prevenção tomadas; e quaisquer autoridades que tiverem mandado proceder a elas serão responsáveis pelos abusos que tiverem praticado a esse respeito.

expressamente os casos em que o poder constituído poderia suspender a vigência da Constituição quanto aos direitos e garantias individuais.

Não podemos deixar de realçar o subjetivismo do termo “rebelião”, como também, a não menos subjetiva expressão “pedindo a segurança do Estado”, ainda mais levando-se em consideração a época em que foi concebida aquela Constituição.

As duas primeiras Constituições Republicanas do Brasil, promulgadas em 1891 e 1934, seguiram a linha da Carta de 1824. Havia a previsão dos direitos e garantias individuais, a esta altura já consolidada nas Constituições ocidentais, evidenciando-se a inspiração liberal. Assim, dispensam-se maiores comentários.

A mudança não tardou, entretantes, e o *status quo* sofreu significativa alteração. Com efeito, em 10 de novembro de 1937, após um golpe de estado que originou a ditadura intitulada “Estado Novo”, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, que revogava a Carta Política de 1934.

Desde a Constituição Imperial de 1824, as Constituições brasileiras foram inspiradas no liberalismo, o que se refletia claramente na questão dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não por outro motivo, frisamos, mais de uma vez, o espírito moderno e avançado da Carta Imperial de 1824. Entretanto, a Constituição de 1937, fruto de golpe de estado, breou essa tendência.

Em novembro de 1937, Getúlio Vargas outorgava à nação a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, suprimindo o termo *República* do nome do país. O novo texto Constitucional nasceu sob a justificativa de uma imperiosa necessidade de mudança fundada na alegação de que “a paz política estava profundamente perturbada por conhecidos fatores (sic) de desordem’ e pelo extremado dos ‘conflitos ideológicos’ que assim ‘colocavam a nação sob funesta iminência da guerra civil’”. (FRANCO SOBRINHO, 1970, p. 53).

Há pouco tempo do início da segunda guerra mundial, o fantasma da ameaça comunista e o avanço das ditaduras de cunho fascista-nacionalista justificavam a necessidade de medidas autoritárias para garantir a “paz”. Outorgou-se uma Constituição com claras inspirações autoritárias, que mostrava a tendência de centralização do poder, reinante em vários países europeus. A Constituição acabou apelidada de *polaca*, por ser claramente inspirada na Constituição Polonesa de 1935. Com efeito, a Constituição polonesa de 1935 “concebida no governo do Marechal Pilsudski, 1926 a

1935, conhecido como a Ditadura Moralizadora, sucedeu a Carta de 1921, de inspiração liberal, que introduziu o princípio da igualdade cidadã” (SCHILLING, 2003, p. 19).

Ao tratar da Constituição de 1937, José Afonso da Silva a qualifica como “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas” (1998, p. 175).

A supressão do Congresso Nacional e demais órgãos legislativos, estaduais e municipais, legitimou a centralização do poder nas mãos do executivo (Getúlio Vargas), e os decretos-lei passaram a ser a forma comum de manifestação do poder. Como é comum, o regime ditatorial atinge os meios de representação política pelos quais se expressa a democracia.

Sob o pretexto da necessidade de garantia da ordem pública, do bem-estar dos cidadãos e da necessidade de defesa, a Constituição previa, no seu art. 123, a limitação dos direitos e garantias individuais ao arbítrio do poder centralizado nas mãos do então Presidente Getúlio Vargas.<sup>3</sup>

Nesse diapasão, pode-se observar que os direitos individuais comportavam ressalvas e momentos de exceção, sempre com a nítida ideia de garantir o poder. Era clara a preocupação com a possibilidade de revolta da população contra o regime ditatorial vigente.

Em suma, pode-se concluir que os direitos e garantias individuais estavam garantidos, desde que não apresentassem qualquer perigo ao regime autoritário em curso. Exemplo claro disso, era a previsão expressa de possibilidade de censura prévia da imprensa – art. 122, parágrafo 15, “a”<sup>4</sup> – configuradora de limitação da liberdade de expressão impensável numa democracia. O temor da ingerência de opiniões estrangeiras, mormente as de cunho democrático, se acham evidenciadas no texto constitucional; não por outro motivo, havia limitações na liberdade de pensamento e associação, por exemplo.

Ponto que merece destaque na análise do texto constitucional de 1937 era a presença do *habeas corpus* como forma de garantir o direito de

<sup>3</sup> 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

<sup>4</sup> Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

ir e vir do cidadão. Direito este que podia vir a ser cerceado, entretanto, sob argumentos como a necessidade de se assegurar a ordem pública.

A possibilidade de legalização da pena de morte, por meio de legislação ordinária, para os casos previstos pela Constituição, como “tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição” ou “tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social” (art. 122, parágrafo 13, “d” e “e”) demonstra que o Estado se dispunha a utilização de qualquer meio para se garantir contra investidas da população em oposição à ditadura, mesmo que sob o disfarce de livrar o país de uma possível “ditadura de uma classe social”.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1937 impunha graves limitações aos direitos e garantias individuais, com clara inclinação à legitimação e à sustentação do regime ditatorial imposto pelo Estado Novo. E isso porque, na medida em que se observavam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, ao mesmo tempo se apresentava uma alternativa para a limitação desses direitos e garantias. Com isso, rompia-se um processo de materialização dos direitos e garantias fundamentais, que caminhava lentamente desde 1824.

Com o fim do Estado Novo e a realização de eleições presidenciais em 1945, a democracia foi retomada. Em setembro de 1946, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. O novo texto constitucional retomou a inspiração liberal - interrompida pelo regime autoritário - fortificada pelas consequências da Segunda Guerra, que provocaram profunda mudança nas Constituições ocidentais.

Já no artigo 1º se expressaram as opções pela República Federativa e pelo regime político representativo<sup>5</sup>. O retorno à democracia representativa pôs fim ao autoritarismo fundado na centralização do poder e na limitação aos direitos e garantias individuais, conforme se declarava expressamente no art. 141<sup>6</sup>.

A barbárie do holocausto criou um clima propício ao fim do autoritarismo político baseado na ideia de que o interesse coletivo devia ser assegurado à custa da limitação individual. Com efeito, é sabido que,

---

<sup>5</sup> Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

<sup>6</sup> A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.

após o florescimento do liberalismo, a concepção de *interesse público* foi utilizada como forma de defesa de regimes autoritários, por intermédio da visão enviesada de que o respeito ao indivíduo podia criar embaraços à coletividade e que, nesses casos, devia prevalecer o interesse comum. Assim, justificava-se o autoritarismo e a centralização ditatorial do poder.

Merece destaque, neste ponto, o pensamento do jurista alemão Carl Schmitt, colaborador do regime nazista alemão de Hitler, que difundiu a ideia de que o direito deveria estar submetido ao Estado, representado pelo seu condutor (*Führer*), e nunca pela autonomia do cidadão. Schmitt defendia a ditadura como forma de suplantar a incapacidade decisória decorrente da submissão da ordem jurídica estatal aos direitos individuais; para ele, a vontade do comandante da nação não podia ser questionada, já que representava a supremacia do Estado, o interesse público, portanto (ALVES; OLIVEIRA, 2012, p. 254-256).

Em *Concepto y cualidad de la Constitución Federal: identidad e defensa de la normatividad*, Raúl Gustavo Ferreyra apresenta esclarecedor decálogo demonstrando a inadequação do pensamento de Carl Schmitt aos postulados comezinhos da vida humana em uma sociedade democrática (2013, p. 12-13).

A supremacia do direito individual no Brasil, entretanto, não resistiu por muito tempo. A partir da década de 1960, a América do Sul foi tomada por uma onda de golpes de Estado perpetrados por comandos militares, que atingiu Brasil, Paraguai, Argentina, Peru, Bolívia, Uruguai, Equador e Chile.

Com efeito. Jânio Quadros foi eleito presidente do Brasil em 1960, assumiu o cargo em janeiro do ano seguinte e renunciou em agosto, permanecendo, assim, apenas sete meses à frente do governo. O vice-presidente João Goulart assumiu o cargo em setembro daquele mesmo ano. A sucessão, entretanto, não foi pacífica, já que integrantes do alto escalão das forças armadas tentaram, sem sucesso, impedir posse. A justificativa para a resistência à posse de João Goulart foi o temor pela implantação do comunismo no Brasil, fomentada pela intensa propaganda dos Estados Unidos da América contra a União Soviética.

Os militares não conseguiram impedir a posse de João Goulart, lograram, entretanto, no curto espaço de tempo entre a renúncia de Jânio Quadros e sua posse, a aprovação de uma emenda constitucional que implantou o regime parlamentarista de governo no Brasil. O objetivo,

evidentemente, era diminuir os poderes do presidente da república. O ato foi assim definido:

Essa emenda, também chamada Ato Adicional, formava-se de 25 artigos. Vinha para impor, o que é curioso em ciência política, a estrutura de um parlamentarismo híbrido. Criava um Conselho de Ministros limitando as prerrogativas normais do presidente da República. Ao presidente cabia apenas algumas atribuições de representar a nação e de conceder condecorações, enquanto ao Conselho de Ministros cabia a ‘direção e a responsabilidade da política do governo (sic) assim como a administração federal’. (FRANCO SOBRINHO, 1970, p. 56)

A mudança não foi suficiente, a insatisfação dos militares aumentou e resultou na deposição de João Goulart, em 31 de março de 1964. As forças armadas assumiram o comando da nação e, a partir de então, o cenário político-jurídico do país sofreu impactantes alterações.

Dois Atos Institucionais foram idealizados e impostos pelo Alto Comando da Revolução, denominação adotada pelos próprios militares, e acatada por todos que entendiam a tomada do poder como uma verdadeira revolução, e não um golpe contra a democracia. Com os dois Atos Institucionais, datados de 9 de abril de 1964 e 27 de outubro de 1965, legitimou-se o governo de exceção e se abriu o caminho para uma nova ordem constitucional, investindo-se de poder constituinte o governo ditatorial em curso. Sem pudor, adeptos da teoria da revolução reverenciaram o final da democracia e o início da ditadura, que se tentou legitimar por atos institucionais:

No Brasil, com o Ato Institucional nº 1, procurou-se a legitimação de uma situação de fato, irreversível, realizada, onde a mudança de governo já se tinha efetivado com o controle da nação pelo Alto Comando da Revolução. [...] A importância do Ato Institucional nº 2, outorgado num período de conturbação ambiente, está incorporado à história constitucional do país. É um documento, pela extensão do significado, preparador da carta de 34 de janeiro de 1967. (FRANCO SOBRINHO, 1970, p. 60)

Em 24 de janeiro de 1967, o Congresso Nacional decretou e promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, que, além de estabelecer o retorno da república presidencialista, fortaleceu, sobremaneira, a figura do presidente da república. Assim, o regime parlamentarista,



imposto ao Congresso Nacional pelos militares que temiam a *ameaça comunista*, não servia à *revolução*, perpetrada por eles próprios.

Nos anos que se seguiram à tomada do poder pelos militares, cada vez mais, o regime mostrava a sua verdadeira identidade de regime ditatorial. A participação popular no exercício do poder não ficaria imune ao endurecimento do regime. Expressão maior da repressão imposta pela ditadura se deu com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Nem mesmo os simpatizantes do regime de exceção conseguiram tratar o AI 5 de forma amena; as limitações impostas pelo ato eminentemente ditatorial atingiram em cheio os poucos resquícios de liberdade individual e política dos cidadãos brasileiros. Vejamos as palavras de Franco Sobrinho, defensor dos “ideais revolucionários de 1964”, sobre as restrições impostas por intermédio do AI 5:

A consequência (sic) maior está na suspensão da garantia do ‘habeas corpus’ nos casos de crimes políticos e contra a economia popular. A garantia do ‘habeas corpus’, em face da tradição do direito brasileiro, somente (sic) podia suspensa ser nos casos de estado de sítio. Outra consequência (sic) se reflete no artigo 11 do Ato nº 5 excluindo de ‘qualquer apreciação judicial os atos praticados com base no Ato Institucional n.º 5 e seus atos complementares, bem como seus efeitos’. (1970, p. 99)

Em 1969, o governo ditatorial do Brasil, representado pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica, assumiu completamente sua natureza autoritária e, com base no poder atribuído pelos inúmeros atos institucionais em vigor, promulgou a Emenda Constitucional I, de 17 de outubro de 1969. A emenda alterou a esmagadora maioria dos artigos da Constituição de 1967, criando, de fato, uma nova Constituição.

Em que pese a manutenção da república e do sistema político representativo no art. 1º da Emenda Constitucional<sup>7</sup>, o que houve (de fato) foi uma ditadura de triste memória para o Brasil. Novamente, os direitos e garantias individuais foram demonizados e alçados à condição de terrível ameaça ao interesse público, e podiam ser suspensos pela decretação das medidas de emergência consistentes no estado de sítio e estado de emergência.

---

<sup>7</sup> O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

A ditadura militar perdurou até 1985, quando Tancredo Neves venceu as eleições presidenciais indiretas, realizadas pelo colégio eleitoral formados por deputados federais e senadores. Tancredo Neves faleceu sem tomar posse e, em seu lugar, assumiu José Sarney, que conduziu o governo durante a elaboração da nova Constituição.

## **2 REDEMOCRATIZAÇÃO E CENTRALIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

A Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 foi elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, formada por Senadores e Deputados Federais, que declararam agir sob o espírito de colocar o país, definitivamente, no caminho democrático, após uma fase recheada de abusos do poder público contra os direitos e garantias individuais do povo brasileiro.

A Constituição cidadã, como passou a ser conhecida, deixou clara a imensa preocupação dos constituintes com a questão dos direitos e garantias individuais. Analítica, como as demais Constituições brasileiras, encarta em seu artigo 5º extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos, considerados invioláveis<sup>8</sup>.

Não há como negar o caráter garantista da Constituição de 1988. A ânsia da população pela redemocratização do país, facilmente verificável pelas manifestações populares ocorridas na época, em processo que ficou registrado na história como “Diretas já”, influenciou o legislador constituinte, que procurou de todas as formas expressar o caráter democrático-garantidor da Carta de 1988.

Entretanto, conforme dissemos ao analisar o texto Constitucional de 1824, a simples positivação do direito não é capaz de garantir a efetividade do mandamento, tornando-se imperioso o processo de interação, que é a única forma de garantir a efetividade plena das normas constitucionais. E, ainda assim, esse processo enfrenta percalços naturais, conforme se retrata, adiante:

À evidência, por mais radical transformação que determine numa sociedade, uma nova Constituição jamais deixa de assimilar pelo menos alguns valores jurídicos, e diversos aspectos do modo de ser político e social anteriores à sua

<sup>8</sup> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos.

vigência: seus elaboradores sempre terão sido pessoas formadas culturalmente sob o regime constitucional anterior; além disso, não se muda por imposição constitucional ou legal, do dia para a noite, costumes enraizados numa sociedade ao longo de décadas, quando não de séculos. (SILVA, 2001, p. 11).

Que a Constituição de 1988 representou significativo avanço, tendo em vista a situação vivida pelo país até então, não há como negar. Exemplo disso, é que em função do declarado desejo de se efetivar a obediência aos direitos individuais fundamentais, novos remédios jurídicos constitucionais, como o *habeas data* e o mandado de injunção, foram acrescentados ao rol de garantias constitucionais.

A exemplo das Constituições democráticas anteriores, entretanto, necessita de tempo para sua plena integração com a sociedade. E, sobretudo os direitos e garantias individuais, somente serão plenamente eficientes à medida que a participação popular pela vida do sistema político representativo seja eficaz.

Por fim, anote-se que a própria noção contemporânea de Constituição se relaciona intimamente com a ideia de respeito à dignidade humana, como postulado mínimo de organização social, na condição de *superprincípio*. O constitucionalismo moderno conferiu legitimidade ao surgimento da Constituição moderna, entendendo-se sob esta denominação “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

A ideia de Constituição, em si, remete automaticamente a uma série de categorias tidas como essenciais para a vida humana em uma sociedade democrática, tais como, liberdade, igualdade, direitos humanos e suas garantias, organização e limitação dos poderes estatais constituídos (FERREYRA, 2013, p. 5).

A existência de uma Constituição democrática, entretanto, não garante uma sociedade plenamente democrática e moderna. A Constituição democrática até pode ser vista como essencial, mas somente será instrumento da democracia moderna, caso expresse um verdadeiro modelo de atuação estatal. Daí se afirmar que de democracia nunca é um produto pronto, acabado, mas uma constante construção. Tal assertiva pode ser ratificada nesta fala:

A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como

colocar em vigor textos e normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente *status activus* democrático. Além disso, ela é - e nesse sentido ainda ao nível da estrutura textual - o dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem efetivamente o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É o dispositivo organizacional para que impulsos de normatização democraticamente mediados configurem aquilo, para que eles foram textificados e postos em vigor com tanto esforço: a realidade social cotidiana (e com isso também a realidade individual). [...] Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa. (MÜLLER, 2003, p. 114)

Não é de se estranhar, portanto, que a evolução constitucional brasileira seja marcada por avanços e retrocessos no que respeita à previsão de direitos e garantias individuais, tanto quanto é marcada por momentos de avanço na busca da legitimidade democrática, intercalados por períodos obscurecidos por regimes autoritários que primaram pela limitação da liberdade individual e concentração do poder.

### **3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO ESTATAL**

Conforme mencionado de início, a atual Constituição estabelece um Estado democrático de Direitos, com fundamentos e objetivos próprios. Não há como negar que aos direitos e garantias fundamentais foi conferida centralidade e protagonismo nos fundamentos e objetivos da República. Disso decorre, indubitavelmente, a noção de que tais direitos e garantias devem nortear a atuação do Estado no fortalecimento dos seus fundamentos e na busca dos seus objetivos.

Importante mencionar também, nesse momento, que a democracia legítima não pode se limitar ao respeito às liberdades civis, pois, deve necessariamente respeitar também os direitos humanos, incluindo todos os indivíduos e não apenas aqueles com direito ao voto (MÜLLER, 2003, p. 76).

E isto, considerando-se, ainda, que “no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988, a ação dos Poderes Públicos é especialmente relevante para se atingirem objetivos coletivos transformados em princípios e regras juridicamente vinculantes” (DUARTE, 2013, p. 16).

Observe-se, entretanto, que a atividade parlamentar representativa não caminha sozinha no mister de legitimar a democracia, já que:

[...] disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito". (MÜLLER, 2003, p. 87).

Os objetivos enumerados no art. 3º da CF, pontuados inicialmente (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma discriminação), somente serão alcançados, de fato, reconhecendo-se que os direitos e garantias fundamentais vinculam juridicamente a atuação dos Poderes Públicos.

O estabelecimento da dignidade humana, na condição de *superprincípio*, "significou a prevalência da igualdade material sobre a igualdade meramente formal consagrada em todos os outros textos constitucionais brasileiros da República" (BERTOLIN; BENEDITO, 2013, p. 371-372).

O *sistema* estabelecido pela CF leva, inevitavelmente, à conclusão de que, na busca pelos objetivos da República - que se impõe aos Poderes Públicos -, a atuação estatal deverá ter por parâmetro os direitos e garantias fundamentais, sob pena de se ferir de morte a busca pela democracia avançada. Nesse passo, mostra-se interessante a observação de Ralph Christensen:

Se a democracia se torna apenas possível enquanto impossível, postergada e dividida pela soberania da constituição, ela não pode mais ser compreendida de acordo com a fórmula simples do governo do povo. Muito pelo contrário, ela deve ser compreendida como dificuldade progressiva do governo por meio do povo. (MÜLLER, 2003, p. 42).

E, também interessante e crucial, a observação de que “uma constituição democrática não pode alcançar a legitimidade de uma vez para sempre, mas apenas em um processo que se renova de maneira permanente”. (MÜLLER, 2003, p. 42).

Não há dúvida, ainda, acerca da possibilidade de se submeter ao Judiciário o descumprimento dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado<sup>9</sup>. Dessarte, impõe-se a afirmação de que a atuação de qualquer dos Poderes Públicos poderá ser questionada judicialmente sempre que não for norteadada pelo absoluto e irrestrito respeito aos direitos e garantias fundamentais. Já que são, tais direitos e garantias, princípios juridicamente vinculantes, aos quais a atividade Estatal (em qualquer de suas esferas) está submetida.

## CONCLUSÃO

Uma análise da evolução histórico-constitucional brasileira, sob qualquer aspecto, não prescinde da observação de que estão sendo considerados aproximadamente dois séculos da evolução humana ocidental, na qual o Brasil está inserido. Daí, porque imperioso considerar a profunda influência dos diversos estágios da evolução humana e social nos quais cada um dos textos constitucionais foi concebido.

Exemplos evidentes dessa influência marcaram as Constituições de 1824 e 1937. Impossível olvidar que a modernidade do texto da Constituição Imperial se deveu ao liberalismo europeu da época. Da mesma forma, não se pode negar a influência dos movimentos totalitários europeus do início do século XX na Constituição de 1937, que se mostrava praticamente uma cópia da Constituição polonesa de 1935.

Não é menos verdade, também, que o temor pela “ameaça comunista”, fruto da intensa propaganda norte-americana durante a Guerra Fria, foi decisivo para que a América Latina fosse tomada por

---

<sup>9</sup> É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF [...] que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5-São Paulo). .

ditaduras frutos de golpes militares na década de 1960.<sup>10</sup> E que, por outro lado, a redemocratização da década de 1980 teve como pano de fundo a intolerância ocidental em relação aos regimes autoritários.

Feitas as considerações necessárias, e em atenção ao objetivo declarado do presente trabalho, passa-se aos delineamentos conclusivos em relação à previsão constitucional de direitos e garantias individuais como fator determinante da efetividade do sistema político representativo brasileiro, que se propõe a dar vida à soberania popular, base de sustentação da democracia.

Mostra-se incontestável, hodiernamente, que a legitimidade da democracia exige mais que a participação popular pelo voto, até porque o exercício da cidadania pelo voto não contempla a integralidade do povo já que se limita aos eleitores e, além disso, evidencia o problema dos interesses das minorias vencidas nas consultas populares.

Vista a Constituição, desde que elaborada por assembleia popularmente eleita, como primeira manifestação da representação popular pela via da atuação parlamentar, é possível afirmar que a previsão de direitos e garantias individuais e sua intangibilidade pelo Estado são essenciais para legitimação da democracia.

Ainda que o texto constitucional estabeleça as bases para um Estado de Direito e consagre a fórmula de que todo poder emana do povo, somente o respeito integral aos direitos e garantias individuais permitirá que o poder seja efetivamente exercido pelo povo. Muito além da utilização do voto como forma de legitimação do poder, a democracia exige que Estado atue em busca do respeito integral aos direitos e garantias fundamentais. Assim, cabe ao indivíduo o direito de resistência contra o abuso do poder, além de receber prestações estatais positivas voltadas ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, além das atuações dos Poderes Executivo e Judiciário, destaca-se a atuação do Poder Legislativo, com a inestimável função de estabelecer parâmetros legais para a atuação dos dois primeiros, sempre tendo como inspiração a declaração de direitos e garantias.

Se é certo que o texto constitucional, por si, não tem o poder de mudar a realidade de um Estado (pois somente a interação entre a

---

<sup>10</sup> Não é objetivo do presente trabalho se aprofundar nas causas ensejadoras das ditaduras militares latino-americanas, das décadas de 1960 e seguintes. Em virtude disso, não se questionará além da influência ideológica norte-americana e, tampouco, se houve apoio efetivo dos EUA para os golpes militares ou para a manutenção dos regimes ditatoriais citados.

Constituição e a sociedade permite a sua absoluta eficácia), pode-se afirmar, também, que compete aos representantes do povo atuar com objetivo de garantir a plena fluência dos direitos e garantias individuais. E, com isso, garantir que se avance rumo à legitimação da democracia pautada pela soberania popular.

É de se salientar que esse processo de interação deve ter solução de continuidade, uma vez que a democracia está sempre em construção, da mesma forma como os direitos e garantias fundamentais estão sempre em busca de aprimoramentos conceituais e aptos a novas conquistas voltadas à concretização do respeito à dignidade humana.

A ação Estatal, dessarte, em qualquer de suas formas ou esfera, deverá ter como parâmetro de verificação de legitimidade, a incondicional busca dos objetivos estabelecidos pela Constituição. E, sempre tendo como meio para tanto, ações que se pautem pela supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 105, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/P.0034-7191.2012v105p225/187>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BENEDITO, Alessandra. Ações afirmativas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.



FERREYA, Raúl Gustavo. Concepto y cualidad de la constitución federal: identidad e defensa de la normatividad. In: **CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL JORGE CARPIZO**, 11ª edição, 2013, San Miguel de Tucumán. Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo iberoamericano. San Miguel de Tucumán, 2013.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **História breve do constitucionalismo no brasil**. 2. ed. Curitiba: [s.n], 1970.

MORAES, Alexandre. Reforma política do estado e democratização. **Revista de direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, p.116-146, jul./set. 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? a questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad Editora, 2003.

SCHILLING, Voltaire. Polônia: a luta pela liberdade. In: SCHILLING, Voltaire; GUSMÃO, Luiz Alberto. **Caderno de História**. Porto Alegre: Memorial do RS, 2003. Disponível em: <<http://www.memorial.rs.gov.br/cadernos/polonia.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Versión española de Francisco Ayala. 2ª reimpresión. Salamanca: Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. **Constituição e sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



# A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO NA CIDADE DO CAPITAL: A ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE AOS RECENTES PROTESTOS POPULARES BRASILEIROS

## *THE FREEDOM OF DEMONSTRATION IN THE CAPITAL CITY: THE STATE ACTING TOWARDS TO RECENT BRASILIAN POPULAR PROTESTS*

Mariana Pinto Zoccal\*

Clovis Alberto Volpe Filho\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A repressão no ato das manifestações. 2 A repressão no controle das manifestações. 3 A atuação judicial como uma forma de repressão às manifestações. 4 A criminalização das manifestações como uma face do direito penal do inimigo. 4.1 O direito penal do inimigo. 4.2 A adoção do direito penal do inimigo no contexto das manifestações. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Desde a eclosão dos protestos de Junho de 2013 uma série de manifestações populares fez-se constante no Brasil, explicitando o descontentamento da população para com os serviços públicos de transporte, educação e saúde, a conjuntura de inferno urbano evidenciada nos grandes centros urbanos e a interdição dos canais institucionais capazes de levar aos governantes as demandas populares. A partir do rompimento com o hiato então instaurado no exercício do direito de manifestação, foi possível observar inúmeras práticas estatais no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tomadas no sentido de reprimir e criminalizar as manifestações populares. A presente pesquisa busca, portanto, analisar como se dá este processo de criminalização das manifestações orquestrado pelo Estado nas esferas do ato, do controle e da atuação judicial nos protestos.

**Palavras-chave:** Direito à cidade. Criminalização das manifestações populares. Terrorismo. Poder judiciário. Direito penal do inimigo.

**ABSTRACT:** *Since the outbreak of the June 2013 protests a series of popular demonstrations became constant in Brazil, explaining the discontentment of the population towards public transport services, education and health, the evidenced urban hell situation in large urban centers and the interdiction of institutional channels able to bring the rulers popular demands. From the break with the then established hiatus in the exercise of the right to demonstrate, it observed numerous state practices in the framework of the executive, legislative and judicial, taken to repress and criminalize demonstrations. This research seeks, therefore, to analyze how this process of criminalization of demonstrations orchestrated by the state act in the spheres of control and judicial action in the protests.*

**Keywords:** *Right to the city. Criminalization of popular demonstrations. Terrorism. Judicial power.*

\* Graduanda do 5º ano de Direito na Faculdade de Direito de Franca; bolsista de Iniciação Científica durante o período 2014-2015 pelo PIBIC/CNPq.

\*\* Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2003), mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Franca (2005), especialização em Ciências Criminais pela Puc-Minas (2011) e MBA em Direito Empresarial pela FGV (2011). Atualmente é doutorando em Direito Constitucional pela Fadisep, advogado e professor da graduação da Fafram/Ituverava e da Faculdade de Direito de Franca. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi pesquisador/bolsista durante a graduação pela Fapesp, e durante o mestrado pesquisador/bolsista pela Capes.

**Como citar:** ZOCAL, Mariana Pinto; VOLPE FILHO, Clovis Alberto. A liberdade de manifestação na cidade do capital: a atuação do Estado frente aos recentes protestos populares brasileiros. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 235-273, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

## INTRODUÇÃO

A partir da ocorrência das Jornadas de Junho de 2013, uma onda de mobilizações de massa espalhou-se pelo Brasil, denunciando a generalizada insatisfação popular relacionada ao preço e à qualidade do transporte público urbano. O país até então caracterizado por sua cordialidade e subserviência em relação aos desmandos estatais viu sua juventude protagonizar uma rebelião contra o atual modelo de desenvolvimento que se apoia na espoliação do espaço urbano através de alianças entre as incorporadoras, as construtoras, as empresas de transporte e o poder público.

Segundo Avritzer (2016, p. 66), as manifestações tiveram como principais causas o esgotamento do modelo de presidencialismo de coalizão e a ruptura do consenso participativo, além de explicitarem um descontentamento para com a aprovação da Lei Geral da Copa - que ensejou severas críticas e mobilizações de organizações que lutam pela reforma urbana -, bem como o conflito entre o Movimento Passe Livre (MPL) e os governos locais.

O acesso a um transporte público urbano de qualidade é parte de um vasto rol de direitos sociais de interesse coletivo que compreendem o direito à cidade. São eles o direito à moradia, à saúde, à segurança, ao trabalho, ao lazer, à educação, ao meio ambiente, à cultura, entre outros. O direito à cidade, no entanto, não deve ser interpretado apenas como um direito condicional de acesso àquilo que já existe, mas sim como um direito ativo de construir uma cidade diferente, que fuja do paradigma neoliberal excludente e que garanta a diversidade, a inclusão, a sustentabilidade e a cidadania participativa.

Grandes metrópoles modernas como São Paulo vivem uma verdadeira segregação socioespacial, em que as classes abastadas geralmente habitam uma cidade hegemônica, localizada em áreas centrais e urbanizadas que possuem um amplo leque de opções de lazer, alimentação, moradia e cultura, enquanto a população pobre restringe-se a ocupar uma cidade ilegal, composta por áreas periféricas e de proteção ambiental, formando verdadeiros bolsões da pobreza.

Em meio a inúmeros problemas de um desenvolvimentismo excludente como a aceleração do processo de favelização, a informalidade, os serviços públicos precários ou inexistentes, a violência urbana, os congestionamentos, a degradação ambiental e o agravamento da

desigualdade social, a população trabalhadora, cada vez mais distante de seus centros de emprego, enxerga no transporte público a única alternativa de locomoção para o trajeto periferia-centro-periferia. Dessa forma, o aumento no valor das tarifas de transporte repercute diretamente no orçamento das famílias menos favorecidas, que já são cotidianamente espoliadas por uma conjuntura de “inferno urbano” (CHAUÍ, 2013) instalada nos grandes centros urbanos.

O aumento no valor de vinte centavos na tarifa de ônibus em São Paulo foi, portanto, o estopim para a eclosão das jornadas de junho de 2013. Tais manifestações explicitaram o anseio da população por políticas públicas mais comprometidas com a justiça social e reintroduziram no Brasil estratégias de luta até então abandonadas, deixando um saldo positivo, à medida que devolveram aos jovens a crença de que a participação direta pode ser um importante instrumento de transformação social.

Os jovens que foram às ruas nestas mobilizações reivindicam construir uma cidade que não lhes mate de fome, de frio, de tiro ou de trânsito e nem lhes negue lugar e passagem. A construção desta outra cidade plural e acolhedora contraria os interesses das classes hegemônicas, que se utilizam de todo um aparato legal para manterem-se no poder e perpetuarem seus privilégios na cidade do capital.

A liberdade de manifestação, assegurada por nossa Constituição Federal e por diversos pactos e acordos internacionais, tem sido exercida de forma seletiva, visto que os protestos que não ameaçam os interesses das classes hegemônicas, nem buscam modificar a atual configuração excludente das cidades, tem o seu livre exercício assegurado e não são o alvo do processo de criminalização abaixo descrito.

A repressão aos protestos e manifestações populares que ameaçam a atual ordem constituída é tática utilizada pelo Estado para tentar calar às vozes dissonantes que escancaram a ganância e o descaso dos “donos do poder” frente às demandas dos desfavorecidos. Esta repressão operou-se por meio de práticas orquestradas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e colocou em xeque o Estado democrático de direito estabelecido com a Constituição Federal de 1988.

O presente artigo busca, primeiramente, analisar como esta repressão se deu nos atos de protesto, por meio das forças policiais. Compete à Polícia Militar o acompanhamento e a assistência aos eventos de protesto, podendo dissolvê-los apenas mediante uma grave e real ameaça à segurança pública. A atuação policial, durante os atos de manifestação,

fora despreparada e truculenta, pautada pela lógica de guerra, que lançou mão da não saudosa prática das prisões para averiguação e de todo um aparato de armas “menos letais” como balas de borracha, bombas de gás lacrimogêneo e sprays de pimenta no trato para com os manifestantes.

Em seguida, buscou-se analisar a repressão no controle das manifestações, que ocorre tanto por meio do legislador, que seleciona de forma ampla e genérica condutas típicas de modo a compreender práticas ocorridas em protestos, a exemplo da Lei 13.260/16, que tipifica o crime de terrorismo, quanto por operadores do direito, os quais por muito tempo se utilizaram de legislações autoritárias - como a Lei de Segurança Nacional - para enquadrar ilícitos cometidos por manifestantes.

Compete ao Poder Judiciário ratificar ou desfazer as ilegalidades praticadas por outros órgãos e, a partir de uma análise de diversas decisões judiciais relacionadas à temática, percebe-se que ele tem corroborado a onda de repressão contra manifestantes, pois se cala frente à postura abusiva policial e aplica de forma mecânica as normas pelo simples fato de estarem vigentes.

Na conjuntura atual em que o país se encontra, somos diariamente manipulados por uma sucessão contínua de discursos veiculados na imprensa nos quais os manifestantes são apresentados como baderneiros e criminosos, sendo os líderes dos atos considerados inimigos e violadores da lei. Dessa forma, pretenderam os autores desnudar a relação entre o crescente sentimento de insegurança da população, que motiva esta a clamar pela aplicação de um direito penal máximo, e o populismo penal de nosso Poder Legislativo, que se aproveita desta conjuntura para propor leis desproporcionais e simbólicas com o intuito de sanar tal sentimento de insegurança.

Para essa investigação, delimitou-se como marco teórico o Direito penal do inimigo preconizado por Günther Jakobs e a sua aplicabilidade no contexto brasileiro de criminalização das manifestações populares. O Estado, ao propor e aplicar leis de “luta” ou combate, submete o manifestante aos ditames da teoria do Direito penal do inimigo, em que se procura sempre um inimigo a ser combatido, a fim de restabelecer a ordem política e social. Tal teoria, no entanto, contraria as diretrizes asseguradas em um Estado democrático de direito, à medida que propõe um amplo adiantamento da punibilidade, apresenta desproporcionalidade de penas e relativiza determinadas garantias processuais.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, visto que um levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas em livros, artigos científicos, revistas e relatórios fora realizado.

## 1 A REPRESSÃO NO ATO DAS MANIFESTAÇÕES

Durante os atos das recentes manifestações brasileiras, foram inúmeros os relatos de excessos e violações de direitos cometidos pelas polícias militares. A truculência e a violência estrutural da polícia, que se perpetuam há tempos na rotina de favelas habitadas por negros e pobres, agora ganharam o holofote da mídia ao atingirem bairros nobres das cidades nos atos de protesto.

Segundo Custódio e Brant (2013, p. 03), a atuação policial desmedida não pode ser atribuída apenas a um “despreparo” dos policiais para lidar com o fenômeno dos protestos. Ela é fruto de uma concepção de polícia que tem por finalidade precípua a proteção da “ordem” de cidadãos que possam vir a ameaçá-la. Tal atuação, cotidianamente verificada em áreas mais pobres e contra populações mais vulneráveis, explicita a concepção do cidadão como “inimigo” do Estado, contrariando os postulados de um Estado democrático de direito.

No regime militar instaurado no ano de 1964, o aparato policial atuava buscando combater inimigos pré-concebidos do governo, como os comunistas, militantes de esquerda, do movimento estudantil e demais pessoas que contestassem o *status quo* vigente. Mesmo após a transição democrática ocorrida em 1988, é possível observar que a segurança pública mantém-se aliada aos interesses de governos, elites, ideologias e regimes, não se adaptando ao novo paradigma de segurança constitucionalmente concebido.

Para Kuhn (2011 apud ROSSETI, 2012, p. 199), “a transição para um novo paradigma está longe de ser um processo cumulativo articulado com o velho paradigma. Trata-se, na verdade, de ruptura, com novos princípios, enunciados, métodos e aplicações, reconstruídos com o novo paradigma”. Tal lógica não foi aderida pelo constituinte de 1988, que, à contramão do tratamento progressista que ofereceu a muitos temas da nova Carta, não questionou de forma adequada o legado autoritário do regime militar na temática da segurança pública.

O art. 144 de nossa Constituição descreve a segurança pública como um “dever do Estado, um direito e responsabilidade de todos”,

sendo a sua execução exercida para a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Em âmbito estadual, as polícias subdividem-se em militar e civil. Compete à polícia militar realizar o policiamento preventivo e as rondas ostensivas, sendo considerada, por nossa Carta Magna como força auxiliar e de reserva do Exército. Reserva-se à polícia civil a tarefa de servir como polícia judiciária, cuja função é investigar e averiguar os crimes cometidos em seu território, instaurando inquéritos policiais e ações de inteligência policial.

De acordo com a atual Carta Maior brasileira, o direito de reunião e manifestação pode ser cerceado apenas caso perca o seu caráter pacífico e sem armas. Cabe aos promotores do evento a obrigação de comunicar previamente às autoridades competentes a ocorrência da manifestação para que eles possam adotar as medidas de prevenção necessárias para assegurar que o evento ocorra de forma pacífica. Caso a manifestação não tenha sido previamente avisada, ela se torna ilícita, mas não pode ser dissolvida caso não represente relevante perigo à segurança pública. Ademais, a ampla divulgação de protestos nas redes sociais pode ser compreendida como uma notificação prévia.

Segundo a ONG ARTIGO 19 (2017) exigências de que manifestantes informem o trajeto de uma manifestação com antecedência foram registradas e representam uma ordem abusiva, não apenas por não possuírem previsão legal, mas também por desconsiderar que a discussão sobre o trajeto a ser percorrido tem relevante peso simbólico para os manifestantes e faz parte da dinâmica da manifestação em si.

A intervenção policial deve orientar-se a fim de prevenir o perigo de perturbação da ordem e isolar os perturbadores que estejam prejudicando a manifestação. Apenas em *ultima ratio*, policiais poderão dissolver reuniões e atuar contra manifestantes pacíficos.

[...] uma determinação do Poder Público no sentido de proibir ou suspender a reunião, inclusive mediante o uso da força policial, deverá sempre ter caráter excepcional e apenas se justifica quando os atos praticados durante a reunião afetem direitos fundamentais de terceiros de modo significativo ou coloquem em risco a ordem pública, sem que, contudo, se interprete a noção de ordem pública de modo genérico. Apenas a clara indicação de que a reunião está afetando concretamente a segurança pública poderá justificar as restrições mais gravosas do direito de reunião, como é o caso da proibição e da dissolução (SARLET, 2014, p. 534).



A tutela dos direitos de reunião e manifestação deve pautar-se pela cooperação e pelo trabalho conjunto da administração e de particulares. As autoridades devem primar pelo diálogo, pela informação e pelo aconselhamento dos promotores do evento. Cabe ao Estado direcionar sua atuação de duas formas distintas: a) abstendo-se de intervir tanto na fase preparatória como no exercício das manifestações; b) oferecendo assistência e proteção aos manifestantes, para que o exercício de seu direito ocorra sem grandes perturbações.

A atuação policial nos protestos, que em teoria deveria zelar pela aplicação de princípios como o da proporcionalidade, da moderação, da conveniência, da legalidade e da necessidade, na prática segue contornos diametralmente opostos aos estabelecidos por nossa Constituição. Observa-se um efetivo policial com problemática desproporcionalidade numérica, o acionamento de grupamentos como a Força Tática, Rota e Bope e a presença da Tropa de Choque e da Cavalaria na maioria das manifestações ocorridas.

Dentre as inúmeras arbitrariedades e violações ao direito de manifestação cometidas durante a repressão dos recentes atos de protesto brasileiros, merecem destaque: a ausência de identificação dos policiais em suas fardas; a utilização desproporcional de todo um aparato de armas “não-letais” na contenção das manifestações, bem como do efetivo policial atuante nos protestos; as detenções arbitrárias efetuadas, em regra, pela Polícia Militar e as investigações policiais obscuras.

A identificação do nome e da graduação dos policiais presa à farda é requisito indispensável nos regulamentos dos uniformes das Polícias Militares em diversos estados brasileiros. A ausência de identificação pode ser vista como uma manifestação da intenção repressora policial, uma vez que dificulta o reconhecimento dos agentes públicos que eventualmente excedam o estrito cumprimento de seus deveres legais, não sendo possível, portanto, a apuração de abusos cometidos em protestos e a posterior responsabilização dos envolvidos.

Armamentos de baixa letalidade como cassetetes, balas de borracha, sprays de pimenta, bombas de gás lacrimogêneo e de efeito moral foram comumente utilizados pela polícia em sua atuação nos protestos. Apesar de serem chamados de armas “não-letais”, a denominação carrega em si uma impropriedade, já que, conforme o modo de utilização, estas armas podem ocasionar graves ferimentos, mutilações e até mortes.

De acordo com o Coletivo “Menos Letais”, tais armas “são equipamentos utilizados pelas forças de segurança do Estado a fim de dispersar multidões, conter possíveis danos ao patrimônio público e privado, e imobilizar aqueles reconhecidos como ‘infratores’ por meio da dor e do medo”. Elas devem, portanto, ser utilizadas a fim de evitar o emprego de armas de fogo em protestos, segundo os ditames do uso progressivo da força.

O efetivo policial também se mostrou desproporcional em inúmeros protestos ocorridos no país. Tal conjuntura pode ser exemplificada por meio de um ato ocorrido no dia 25 de fevereiro de 2016, que contou com aproximadamente 120 manifestantes e 100 policiais (UOL, 2016).

As prisões para averiguação, mais conhecidas por detenções arbitrárias, foram práticas comuns da Polícia Militar durante os protestos ocorridos a partir de junho de 2013. Em São Paulo, no dia 13 de junho de 2013, mais de 230 jovens foram detidos, em sua maioria por portarem vinagre, substância claramente atípica, utilizada para amenizar os efeitos provocados pelo gás lacrimogêneo. Também foi comum a averiguação de manifestantes apenas por estarem com a posse de mochilas durante os atos, sem que houvesse qualquer indício de ilegalidade em suas condutas.

Nossa Constituição, em seu art. 5º, inciso LXI, assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. A prisão para averiguação, portanto, caracteriza uma afronta a este dispositivo, visto que ela priva o cidadão de sua liberdade sem que haja respaldo em flagrante cometimento de delito ou ordem judicial competente. Conforme preceitua Guilherme Nucci,

Não mais tem cabimento admitir-se que a polícia civil ou militar detenha pessoas na via pública, para “averiguá-las”, levando-as presas ao distrito policial, onde, como regra, verifica-se se são procuradas ou não. Trata-se de instrumento de arbítrio, que, uma vez fosse admitido, ampliaria os poderes da polícia em demasia, a ponto de cidadão algum ter garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere (NUCCI, 2009, p. 585).

A atuação policial nos recentes protestos brasileiros caracterizou-se pelo despreparo e pelos excessos cometidos na contenção de conflitos durante os atos que se propuseram pacíficos. Tal modelo truculento de operação não pode ter responsabilidade atribuída apenas aos policiais

militares estaduais. Estes possuem uma formação profissional precária e reproduzem, em regra, ordens vindas da direção de suas instituições ou do poder público, além de serem remunerados com baixos salários.

A Polícia Civil, em consonância com a Polícia Militar, também atuou no sentido de embaraçar o exercício da liberdade de manifestação, utilizando-se de condutas desproporcionais como as abaixo descritas:

a) Intimações arbitrárias para depoimento no DEIC<sup>1</sup> no mesmo horário agendado para as manifestações; b) Ameaças episódicas de condução coercitiva de manifestantes sem ordem judicial para prestar depoimento no DEIC; c) Abertura de inquérito policial genérico, sem fato objetivo ou suspeita de crime para acompanhamento de movimentos sociais, ativistas de direitos humanos, manifestantes e suspeitos de simpatizarem com táticas “black block”; d) Aparente infiltração de agentes policiais descaracterizados sem ordem judicial para acompanharem manifestações, em desacordo com a Lei nº 12.850/2013; e) Arbitrariedade no cumprimento de mandados de busca e apreensão, com extrapolação da ordem judicial no sentido de conduzir coercitivamente manifestantes sob o pretexto de “colaborarem” com a investigação (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014, p. 18).

No dia 04 de setembro de 2016 vinte e seis jovens, dentre eles três adolescentes, foram detidos e encaminhados ao DEIC - órgão da polícia civil que costuma lidar com crimes relacionados ao crime organizado, como roubos de cargas, facções criminosas e fraudes financeiras -, na ocasião em que se preparavam para participar de um ato de protesto contra o Presidente Michel Temer.

As prisões ensejaram a autuação dos jovens pelos crimes de associação criminosa e corrupção de menores. Segundo os policiais, os suspeitos pretendiam cometer ações de vandalismo durante o ato de protesto e foram apreendidos portando objetos como pedras, lenços, sprays, máscaras contra gás, estilingue, barra de ferro e kits de primeiros socorros. Na ocasião em que os manifestantes encontravam-se detidos no DEIC, eles foram mantidos incomunicáveis por oito horas. Pais e advogados foram impedidos de conversar com os presos, em um episódio que pareceu ressuscitar a não saudosa prática da “prisão para averiguação” (EL PAÍS, 2016).

---

<sup>1</sup> Departamento Especial de Investigações Criminais.

O episódio supracitado reúne elementos problemáticos se analisados sob a ótica de um Estado democrático de direito, como a antecipação da punibilidade através de indícios como o porte de certos objetos e não pelo cometimento de crimes propriamente ditos, a violação da prerrogativa de advogados a terem livre acesso a seus clientes, os elementos probatórios falsamente plantados, a realização de inquéritos genéricos e obscuros, dentre outros.

Diante do exposto, faz-se necessário, portanto, rediscutir a filosofia e a natureza da instituição policial em nosso país. Práticas discricionárias e autoritárias, como as ocorridas durante as Jornadas de Junho e nas manifestações que as desdobram, opõem-se ao Estado democrático de direito e instauram um estado de emergência permanente. Urge uma revisão do papel, dos métodos e do caráter militar da polícia para que, enfim, possamos romper com o velho paradigma ditatorial de segurança pública e caminhar para um modelo de instituição que promova a cidadania e a participação popular.

## **2 A REPRESSÃO NO CONTROLE DAS MANIFESTAÇÕES**

Além da repressão ocorrida no ato das manifestações, orquestrada pelas forças de segurança pública locais, a repressão também se expressa na seara do controle dos protestos, com a utilização de tipos penais de constitucionalidade contestada para enquadrar e processar manifestantes presos durante os atos. A repressão no controle também se dá na propositura de inúmeras leis de luta ou combate para recrudescer o tratamento dado a crimes ocorridos durante os protestos, em uma clara tentativa do legislador de cercear o direito de manifestação.

A proliferação de protestos no Brasil intensificou-se à medida que grandes eventos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas se aproximavam. Temendo que os atos acarretassem transtornos aos eventos e comprometessem a imagem do país no cenário internacional, o Poder Legislativo buscou, por meio da propositura de novas leis, repelir e gerar receio na população de ocupar espaços públicos para apresentar suas demandas, ignorando as liberdades de reunião, associação e expressão previstas em nossa Constituição.

Silva Sánchez (2013, p. 40) assevera que “um dos traços mais significantes das sociedades na era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de

viver os riscos”. O sentimento crescente de insegurança que tomou conta das massas, aliado à aversão de grande parte da população pelos crimes cometidos na circunstância dos protestos, amplamente divulgados por uma imprensa sensacionalista, fomentou o anseio de muitos por um tratamento penal mais rigoroso a estes crimes.

Os inúmeros projetos de lei propostos no Congresso às vésperas dos megaeventos expressam um contexto de “populismo punitivo”, em que os legisladores utilizam-se da cultura do medo e do sentimento de insegurança gerado por atos de protesto incidentalmente violentos para flexibilizar direitos fundamentais e agravar a punição de crimes cometidos nessas circunstâncias, com o desiderato de produzir uma sensação social de segurança e bem-estar aos cidadãos, além de reforçar a confiança destes no trabalho das instituições.

A propositura de tais leis também escancara a utilização, por parte dos legisladores, de demandas irracionais de segurança com o intuito de angariar votos e isentá-los de responsabilidade no tocante aos graves problemas sociais que exigem maiores dispêndios e esforços políticos.

Com efeito, a pressão social de cunho preventivo, causada pela alta sensibilidade subjetiva ao risco, incita uma “política criminal simbólica”, legitimando uma questionável função promocional do direito penal, na medida em que lhe confere uma função educativa e pedagógica de valores. [...] Como, porém, a intervenção penal não consegue instrumentalizar a segurança prometida, a promessa fica no mero ambiente da legislação, não possuindo eficácia no social (LYRA; HOMMERDING, 2014, p. 324).

O Poder Legislativo, ao apresentar legislações deste tipo, coaduna com os anseios midiáticos e populistas, que, segundo Díez Ripollés (2003, apud LYRA; HOMMERDING, 2014, p. 325), “não raro, fornecem ao debate uma visão superficial e distorcida dos problemas sociais do país, apelando para os medos e ansiedades, rumo ao consenso social, sobrepondo-se a opinião de peritos”.

As normas jurídicas são fruto de uma elaboração técnica do Estado, editadas por meio da figura do legislador, que não se expressa de forma imparcial, desinteressada e isenta de influências, mas com o intuito de representar a sua vontade ou a da classe ou agrupamento a que pertence. Mellim Filho (2009, p. 39) preceitua que “a escolha de ações ilícitas parece dar-se de forma arbitrária e não sistemática, ao sabor do que se possam considerar as necessidades sociais em dado momento histórico, assim

definidas pelo legislador”. Dessa forma, as leis acabam por representar a vontade de alguns detentores do poder político e pertencentes às classes dominantes e por oferecer tratamento punitivo diferenciado a condutas evadidas de ameaça ao poder instituído.

Um exemplo de lei fortemente influenciada pela ideologia vigente no período de sua formulação e que recentemente foi utilizada de maneira errônea no contexto de protestos é a Lei 7.170/83, que regulamenta os crimes contra a segurança nacional, em especial o de terrorismo. A referida lei “surgiu em um período de crise institucional, como expressão de um suposto direito penal revolucionário, inspirada por militares que pretenderam incorporar na lei uma doutrina profundamente antidemocrática e totalitária” (FRAGOSO, 1983, p. 34). Por ser fruto de um período de transição entre o regime ditatorial e democrático, grande parte da comunidade jurídica defende que ela não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Fragoso (1980, p. 37), ao abordar as propostas de reforma do Decreto-Lei 898/69, que antecedeu e influenciou a formulação da Lei de Segurança Nacional, afirma que “não há dúvida de que é uma lei transitória, correspondente ao momento de anormalidade institucional existente, e que terá de ser integralmente reformulada ou revogada, quando voltar a tão esperada normalidade democrática.”

No entanto, a ausência de revogação expressa por muito tempo fez com que a Lei 7.170/83 continuasse em vigor, podendo ser aplicada por operadores do direito de forma discricionária em função de sua amplitude e imprecisão, como ocorreu com um casal de manifestantes, no dia 7 de outubro de 2013, no centro de São Paulo, que foi enquadrado na referida lei. Durante as manifestações contra a Copa do Mundo, também se estima que, no dia 16 de junho de 2014, ao menos 25 manifestantes foram intimados a depor na Polícia Federal de Curitiba com base na Lei de Segurança Nacional.

No dia 16 de março de 2016 foi sancionada a Lei 13.260, que tipificou o crime de terrorismo no Brasil, sucumbindo à forte pressão de órgãos internacionais como o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi). Seu art. 2º dispõe que:

Art. 2.º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar

terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

O dispositivo acima citado pune os atos terroristas, sem, entretanto, buscar defini-los com precisão. O seu caráter genérico não permite que o terrorismo seja tipificado em consonância com o princípio da reserva legal, visto que, conforme explica Batista (2011, p. 75-76),

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’ equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.

Embora o parágrafo segundo do artigo supracitado estabeleça a ressalva de que o crime de terrorismo não deve ser aplicado contra manifestantes, membros de movimentos sociais ou participantes que estejam direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, tal ressalva não é a garantia de que esta subsunção nunca se concretizará, visto que, por tratar-se de lei vaga e imprecisa, a sua aplicação oferece ao juiz grande discricionariedade de interpretação.

Ademais, ao introduzir as escolas no rol de locais passíveis de sabotagem ou apoderamento previsto no inciso IV, o legislador abre margem para a criminalização do movimento de ocupação de escolas públicas inicialmente orquestrado por estudantes secundaristas contra o projeto de Reorganização Escolar da rede estadual de ensino paulista.

Nossa Carta Magna expressa em seu texto repúdio ao terrorismo (art. 4, inciso VII) e o equipara a um crime hediondo, não cabendo, portanto, fiança, anistia ou graça (art. 5, inciso XLIII). Todavia, o terrorismo deve ser lido a partir de uma perspectiva de defesa ao Estado democrático de direito, sendo desnecessária a propositura de uma nova legislação que não proteja a soberania nacional, o regime democrático, os direitos de cidadania e o pluralismo político em conformidade com os ditames do contexto político atual.

O projeto político é outro, isso é claro. Não se fala mais em Segurança Nacional ou do Estado, e sim de segurança, que somente pode ser entendida como a jurídica. Não se fala mais em crime contra a Segurança Nacional, e sim de crime político, que será definido como crime contrário ao Estado Democrático de Direito, passível, inclusive, de ser cometido pelo governante (BRITO, 2014, p. 04).

Com os ataques de 11 de setembro de 2001 contra as torres gêmeas de Manhattan e o atentado de 11 de março de 2004 em Madrid, os governos dos Estados Unidos e de diversas nações européias incrementaram o aparato



normativo de que dispunham com leis antiterroristas mais rigorosas, com o objetivo de responder ao crescente sentimento de medo que a ameaça terrorista propiciava. O Brasil, no entanto, tardiamente ocupou-se de regulamentar o assunto, visto que nunca sofreu ataques terroristas dentro de suas fronteiras. Segundo Bitencourt (2014),

[...] o Brasil é um País pacífico, ordeiro, e sem conflitos de natureza internacional. Não há absolutamente nada, nem nunca houve qualquer indício que se pudesse considerar sequer assemelhado a indicador de possível foco de terrorismo em solo brasileiro. Contudo, a pressão internacional tem sido muito grande para que o Brasil adote providências cautelares contra possíveis atos terroristas. Enfim, estão tentando “fabricar” uma onda terrorista absolutamente inexistente em nosso território nacional.

O regime de urgência em que o projeto de lei antiterrorismo 2016/15 foi proposto contrastou com a conjuntura histórica, política e cultural brasileira, que não possui tradição na prática de atos terroristas. A Lei de Segurança Nacional de fato guardava resquícios autoritários, se encontrando na contramão das tendências mundiais de política criminal, o que gerava uma lacuna na legislação pátria no tocante ao crime de terrorismo. Entretanto, fica evidente a tentativa do Legislativo de cercear o exercício do direito de manifestação se analisarmos que se passaram mais de 25 anos desde a promulgação da Constituição de 1988 e, apenas após a eclosão das Jornadas de Junho e às vésperas de importantes megaeventos de repercussão internacional, os legisladores ocuparam-se de suprir tal lacuna.

A Ordem dos Advogados do Brasil (2014), em um parecer anexado ao Projeto 499/2013 - que também buscava tipificar o crime de terrorismo nos mesmos moldes do PL 2015/16 -, classifica a sua propositura como uma tentativa rápida e demagógica de dar respostas à sociedade e ressalta o seu caráter autoritário e de exceção, por ter sido proposto ao furor dos acontecimentos. A conclusão do texto apresenta os seguintes dizeres:

Apresenta-se como absolutamente injustificável, com forte carga autoritária, beirando o totalitarismo, colidindo frontalmente com preceitos constitucionais, a criminalização das manifestações populares, tipificando os crimes de “terrorismo”, sem que o Estado Democrático de Direito esteja sendo objeto de ataque ou ainda, que existam práticas de perseguição religiosa, ética ou de natureza

política [...], valendo-se de tipos penais abertos e de um Direito penal do autor.

O Estado não pode e não deve responder a reprováveis episódios de violência com truculência, valendo-se de leis de exceção, autoritárias e que materializam desrespeito aos princípios básicos do Direito Penal (taxatividade, tipicidade estrita, ofensividade, culpabilidade, entre outros).

Após a eclosão das jornadas de junho de 2013, inúmeros outros projetos de lei buscaram regulamentar a temática dos protestos. Dentre as propostas, as de alteração no art. 163 do Código Penal, com o objetivo de incluir como agravante os danos cometidos em circunstâncias de protesto, foram objeto de reiterados projetos.

Nesse sentido, pode-se observar o PL 6307/2013, de autoria do ex-senador Eduardo Cunha, que busca atribuir a pena de oito para doze anos dos crimes de dano patrimonial qualificado pela influência de multidão em tumulto e o PL 6277/2013, proposto pelo deputado federal Jair Bolsonaro, que inclui, no parágrafo único do art. 163, as agravantes de o crime ser cometido “durante o desenvolvimento de manifestações públicas de qualquer natureza” e “com o uso de meios que dificultem a identificação do agente”, atribuindo penas de detenção, de dois a quatro anos e multa, e detenção, de três a cinco anos e multa, respectivamente.

A utilização de máscaras ou qualquer outro parâmetro que dificulte o reconhecimento do rosto de manifestantes durante os atos de protesto também foi alvo de vários projetos em âmbito federal, estadual e municipal. Em São Paulo, o governador Geraldo Alckmin sancionou a Lei 15.556/2014, que regulamenta tal vedação com a justificativa de que

[...] as manifestações tornaram-se palco quase que exclusivo de grupos autodenominados radicais, cuja plataforma principal de reivindicação é destruir, danificar, explodir, queimar, saquear e aterrorizar. Esses grupos costumam utilizar-se de máscaras ou outros paramentos que dificultam a identificação individual. Tal comportamento, por fim, tem esvaziado as legítimas manifestações e prejudicado o direito dos demais cidadãos de bem de se manifestarem. Além, por óbvio, de deixarem rastros de pânico e destruição e, conseqüentemente, causando prejuízos ao erário público (VALOR, 2014).

A referida lei estabelece que o Estado garantirá, nos termos dos incisos IV e XVI do artigo 5º da Constituição Federal, a qualquer pessoa

o direito à manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Entretanto, parte da doutrina entende a disposição como uma prática abusiva e inconstitucional, uma vez que não compete ao Estado exigir como uma pessoa deve se trajar. Nohara (2013) afirma que

[...] o uso de máscara não impede a identificação do manifestante, que pode apresentar sua identidade civil e prosseguir no ato. Se houver manifestantes que depredam o patrimônio público e/ou privado ou que causem atos de violência, tal ação deverá ser contida pelas autoridades públicas, por meios proporcionais, independentemente de os manifestantes estarem com máscaras ou não.

No mesmo sentido que os projetos anteriormente citados, foi aprovada a Lei 13.281/2016, derivada da Medida Provisória 699/2015, que representou resposta a uma série de bloqueios realizados por caminhoneiros pelas rodovias do país em novembro de 2015 contra o aumento dos preços do combustível e dos impostos. Tal lei tornou infração gravíssima “usar qualquer veículo para, deliberadamente, interromper, restringir ou perturbar a circulação na via sem autorização do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre ela”. O intuito de cerceamento do direito de protesto ficou evidente quando no projeto incluíram-se nas mesmas penas os pedestres que praticassem a conduta de bloqueio de vias, sendo posteriormente retiradas por veto presidencial.

A aplicação de leis de exceção na conjuntura dos protestos, aliada às recentes tentativas legislativas de limitar o direito de manifestação por meio da propositura de leis mais gravosas aos manifestantes que cometerem crimes, podem ser enxergadas como parte do processo de criminalização dos novos movimentos sociais de protesto orquestrado pelo Estado.

O objetivo de recrudescer o tratamento penal sobre tais condutas é o de gerar um efeito inibidor e dissuasivo sobre a população que participa dos protestos. Ignora-se, entretanto, que os protestos muitas vezes representam a única forma de expressão passível de aplicação por uma população que cotidianamente vê seus direitos sociais não serem efetivados, visto que os demais canais de denúncia encontram-se engessados e são de difícil acesso aos setores humildes da sociedade.

O processo de criminalização dos protestos denuncia que a intolerância à crítica e ao dissenso são heranças de um período de ditadura militar que não foram devidamente superadas com o restabelecimento da ordem democrática. Em um Estado democrático de direito, tal processo

deve ser veemente rechaçado por padecer de inconstitucionalidade em sua gênese, uma vez que não respeita o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

### **3 A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO FORMA DE REPRESSÃO ÀS MANIFESTAÇÕES**

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que prescreve tradicionais valores liberais como a livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), a propriedade individual (art. 5º, inciso XXII) e a livre concorrência (art. 170, inciso IV), assegura diversos direitos sociais e valores contra-hegemônicos, frutos de intensas lutas de grupos excluídos do sistema, como a busca pela redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inciso VII) e a imposição da função social à propriedade (art. 170, inciso III). Porém, uma análise da realidade social brasileira permite-nos averiguar que o Judiciário, em consonância com os poderes Legislativo e Executivo, privilegia a concepção individualista e hegemônica de sociedade em detrimento de uma concepção social e solidária.

Em um documento elaborado pela Articulação de Políticas Públicas da Bahia (SSP/BA), foi dito que o Judiciário “tem se mostrado uma das estruturas mais conservadoras, marcada por uma cultura positivista e elitista, ignorando por completo a dinâmica social e aplicando o Direito ao bem sabor de suas influências formais e legalistas” (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, 2014a, p. 02). O magistrado, salvo honrosas exceções, encaixa-se no modelo descrito por Alberto Alonso Muñoz, ao passo que não reflete criticamente sobre sua decisão, podendo ser considerado

[...] cumpridor mecânico de normas, pelo mero fato de estarem vigentes. É o aplicador, por convicção irrefletida, de uma jurisprudência “consolidada”. Essa é a forma mais monstruosa: nele, não há o não-querer pensar, que ainda lhe apresenta uma escolha ética. Há apenas o “não-pensar” burocrático daquele que se tornou mera peça da engrenagem (MUÑOZ, 2011, p. 07).

Tal crítica é pertinente, visto que o Judiciário, que detém a última palavra acerca do poder de punir do Estado, quase sempre se cala perante aos abusos deste e nega-se a dialogar com os movimentos sociais, tratando suas pautas e reivindicações como “casos de polícia”.

Apesar de nossa Carta Magna estabelecer a obrigatoriedade dos magistrados exercerem suas jurisdições em conformidade com os objetivos do Estado brasileiro descritos no art. 3.º, percebe-se ainda muita resistência por parte das forças políticas que cercam o Judiciário de efetuarem uma leitura progressista e emancipatória do texto constitucional. Essa resistência se justifica em parte pela carreira ser normatizada pela Lei Orgânica da Magistratura (Loman), de 1979, cuja origem provém de um período ditatorial e a essência reproduz traços autoritários, como a vedação do direito de voto aos magistrados de 1º grau na escolha das cúpulas dos tribunais estaduais e regionais.

A atividade jurisdicional permaneceu, em sua raiz, autoritária: tão autoritária quanto o Estado brasileiro instituído após a derrubada de João Goulart. Daí, de modo geral, o Judiciário encontra grande dificuldade em efetivar direitos coletivos essenciais a qualquer democracia, apreciando conflitos envolvendo centenas ou milhares de excluídos como se tratasse de meras lides individuais e enxergando lideranças populares como quadrilheiros criminosos (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, 2014a, p. 02).

Durante o período de manifestações, foram inúmeros os casos de *habeas corpus* preventivos impetrados com vistas a garantir que o exercício do direito de manifestação fosse assegurado e que os protestos ocorressem livres de abusos policiais comumente constatados, como a prática de prisões para averiguação e a vedação do porte de máscaras e de vinagre.

Alguns juízes, como Luis Mario Mori Domingues, acertadamente expediram salvo-condutos, reconhecendo que, “se o cidadão deseja manifestar sua opinião política em praça pública, direito constitucionalmente garantido, repita-se, não é razoável que ele o faça com medo da polícia, com o receio de ser detido sem qualquer fato jurídico que se justifique” (BRASIL, 2013, p. 1670). O Judiciário, no entanto, quando acionado, na maioria dos casos se posicionou de forma contrária à expedição de salvo-condutos, como mostra o recurso ordinário em *habeas corpus* nº. 46.145-SP (20140054776-5), cuja ementa preceitua:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.  
PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO  
PARA GARANTIR AO RECORRENTE O EXERCÍCIO  
DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO SEM SER PRESO OU  
SOFRER REVISTA PESSOAL FORA DAS HIPÓTESES  
LEGAIS. AUSÊNCIA DE AMEAÇA CONCRETA

AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. DESCABIMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL PARA O FIM POSTULADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Somente é cabível o *habeas corpus* preventivo quando há fundado receio de ocorrência de ofensa à liberdade de locomoção iminente.
2. Inviável utilizar o *habeas corpus* para obstar eventuais ilegalidades ou constrangimentos ainda não acontecidos e sem comprovação (fundado receio) de que realmente ocorrerão, sobretudo quando se postula expedição de salvo-conduto para assegurar o exercício de direitos que já estão protegidos constitucionalmente.
3. A mera suposição, sem indicativo fático, de que a prisão poderá ser determinada, não constitui ameaça concreta à liberdade de locomoção, capaz de justificar o manejo de *habeas corpus* para o fim pretendido.
4. Recurso improvido.

A primeira e talvez a mais emblemática condenação decorrente das Jornadas de Junho de 2013 foi a de Rafael Braga Vieira, detido no dia 20 de junho por policiais militares, sob a acusação de porte de artefato explosivo. Na ocasião, ele carregava consigo duas garrafas de produtos de limpeza – água sanitária e desinfetante Pinho Sol – e, apesar de o laudo pericial da Polícia Civil afirmar haver nas garrafas “mínima possibilidade da quebra que possibilitaria o espalhamento do seu conteúdo inflamável” e “ínfima possibilidade de funcionar como ‘coquetel molotov’”, a sua condenação foi mantida em quatro anos e oito meses.

Também merece destaque a decisão da juíza Maria Luíza de Andrade Rangel Pires, que concedeu um alvará de soltura para sete manifestantes, estabelecendo, no entanto, três ressalvas: o comparecimento mensal perante o tribunal em que estiver tramitando o processo, para informar e justificar suas atividades; a proibição de participar, pessoalmente ou através das redes sociais, de manifestações populares e a proibição de ausentar-se da comarca, exceto se comprovado domicílio em outro município. Essa decisão, ao vedar a participação dos manifestantes em protestos posteriores, afronta gravemente a liberdade de expressão e manifestação, à medida que promove uma censura prévia no exercício das

referidas liberdades, ainda que os autuados não se envolvam em nenhum delito (ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2013).

O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Ivan Ricardo Garisio Sartori, instaurou, por meio da Portaria nº 8.851/2013, o Centro de Pronto Atendimento Judiciário em Plantão (CEPRAJUD), com o intuito de apreciar comunicações de prisão em flagrante e medidas cautelares processuais penais, relacionadas a grandes manifestações ocorridas na Capital, que estavam previstas para se intensificarem durante o período de Copa do Mundo.

A criação do CEPRAJUD fez-se desnecessária, pelo fato de o Tribunal de Justiça já possuir um plantão judicial sem viés restrito, com critérios estabelecidos para designações de magistrados. Consta, na Portaria, que a criação do CEPRAJUD objetiva, dentre outras coisas, não sobrecarregar a estrutura deste plantão. Entretanto, mostra-se mais fácil e econômico para o Poder Público melhorar a infraestrutura do plantão já existente do que criar uma nova estrutura e arcar com os gastos do desenvolvimento desta.

O art. 2º do ato de criação do CEPRAJUD assevera que integrarão o plantão judicial:

I – um Juiz Assessor da Presidência; II – o Juiz Corregedor do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) e os Juizes oficiantes nesse departamento; III – Juiz ou Juizes no exercício da jurisdição criminal na Capital, designados, de forma subsidiária, pela Presidência do Tribunal de Justiça, para suplementar os quadros do DIPO, em caso de extraordinária demanda junto ao CEPRAJUD, para garantia de celeridade na apreciação de medidas de urgência e na prestação jurisdicional.

Todavia, inexistem critérios predeterminados para a escolha dos magistrados que prestarão jurisdição no plantão, ficando a designação a cargo do arbítrio da presidência do Tribunal de Justiça, o que viola os princípios do juiz natural e da imparcialidade do magistrado.

O Princípio do Juiz Natural está previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, LIII, que dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, e no art. 5º, XXXVII, que estabelece a proibição do juízo ou tribunal de exceção. Além de nossa Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos também oferece amparo a este princípio, ao estipular em seu art. 8º, item 1, que

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

De acordo com a nota pública divulgada pela Associação dos Juizes para a Democracia (2014b, p.10), “o referido Centro é uma jurisdição de exceção, pois criado especialmente para as causas que tenham como fundo as manifestações sociais. Criou-se um tribunal para julgar um determinado cidadão: aquele que protesta.” A nota ainda declara que,

Nesta medida, o Judiciário Paulista pode fugir à função do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, que é o de controle da atividade dos órgãos repressivos e de garantia dos direitos das pessoas. Fechando os olhos para a criminalização das manifestações sociais, transmite para a população que o direito fundamental de manifestar e protestar não é lícito e subscreve o processo de criminalização (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, 2014b, p. 10).

Além do cenário acima descrito de criminalização do direito de manifestação por parte do Poder Judiciário, chama a atenção o movimento de criminalização dos defensores dos direitos humanos que atuam na defesa dos manifestantes, objetivando garantir o acesso ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal aos acusados de praticarem crimes durante as manifestações.

[...] inúmeros são os relatos de violações às prerrogativas da advocacia, como impedimento da comunicação entre advogados e manifestantes detidos, realização de oitivas informais sem o acompanhamento de advogados mesmo quando estes se fazem presentes, negativas de informações quanto à delegacia para a qual o manifestante estava sendo encaminhado e quanto ao enquadramento legal dado à conduta do mesmo (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA, 2014c, p. 07).

A Defensoria Pública, tomando como exemplo o ocorrido no Estado de São Paulo, acompanhou ativamente as manifestações, no monitoramento da violência, atuando em situações de prisões em flagrante e visando coibir abusos aos direitos da população. Uma comissão organizou-



se durante os atos para receber denúncias de violações aos direitos humanos relacionadas ao evento da Copa do Mundo. O órgão, após acompanhar a atuação do aparato repressor do Estado nas circunstâncias dos protestos, ajuizou uma ação civil pública na Justiça com os seguintes pedidos:

a) apresentação pelo Executivo de projeto com parâmetros de atuação da PM em manifestações; b) não imposição de condições ou limites de tempo e lugar a reuniões e manifestações públicas, ainda que haja interrupção de fluxo de veículos; c) não utilização de armas de fogo ou de balas de borracha, exceto em casos de legítima defesa própria, ou de terceiro; d) uso de identificação no uniforme por todos os policiais; e) indicação de negociador civil para diálogo com a polícia; f) comunicar eventual decisão de dispersar a manifestação por meio que permita compreensão imediata de todos; g) publicação em até cinco dias no Diário Oficial e Portal de Transparência do Estado o ato administrativo que determina a dispersão; h) não utilização de gás lacrimogêneo e bombas de efeito moral antes do ato que determina a dispersão, e nunca em locais fechados e em aglomerações; i) não postar a Tropa de Choque em manifestações pacíficas de modo ostensivo; j) não impedir pessoas de captarem imagens e sons de policiais em ação (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS, 2014).

A ação civil pública a princípio foi acolhida pelo juiz Valentino Aparecido de Andrade, da 10ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu decisão liminar, proibindo a Polícia Militar de utilizar balas de borracha durante os atos de protesto. O juiz também determinou que sprays de pimenta e gás lacrimogêneo fossem utilizados apenas em circunstâncias extremas e que a corporação elaborasse um plano de atuação de sua Polícia Militar em protestos no prazo de 30 dias. A liminar, no entanto, foi cassada pelo desembargador Ronaldo Andrade, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, com base em um recurso da Procuradoria do Estado.

Em suma, a atuação judicial, no tocante aos novos movimentos sociais de protesto, salvo honrosas exceções, mostrou-se avessa à efetivação das liberdades de reunião, associação e manifestação, guardando uma grande influência ditatorial em sua essência. Os juízes, em regra, ativeram-se ao corporativismo e isolaram-se em suas torres de marfim, deixando de analisar os conflitos sob a ótica da realidade social vigente e do direito interligado a outras ciências sociais. Ao introduzir o paradigma criminal para o direito de manifestação, o Judiciário retrocedeu em seu papel de

zelar pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária e coadunou com a repressão da única alternativa encontrada pela população de levar suas demandas aos governantes.

## **4 A CRIMINALIZAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES COMO UMA FACE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

### **4.1 O direito penal do inimigo**

A sociedade contemporânea insere-se na etapa histórica da pós-modernidade e é regida pela ótica capitalista pós-industrial e globalizada. A sensação de funcionalidade proporcionada pela revolução científico-tecnológica logo cedeu lugar a uma intensa sensação de insegurança motivada pela percepção de riscos até então despercebidos. Nesse sentido, Karam (2006, p. 96) preceitua que

Relações sociais que seguem a lógica do mercado, caracterizando-se pelo individualismo, pela competição, pelo imediatismo, pelo egoísmo, pela ausência de solidariedade no convívio, favorecem ainda mais esta percepção negativa dos riscos, gerando fortes sentimentos de incômodo e de medo, entronizadores de cegos anseios por segurança.

A crescente percepção subjetiva de insegurança fez nascer um clamor popular pela expansão e pelo recrudescimento da tutela penal no combate aos riscos, que deixa de ser mínima, garantista e *ultima ratio*, e passa a ser máxima, flexível e descompromissada com os direitos e garantias fundamentais. Esta onda populista punitiva encontra amparo no aparato publicitário que vende um discurso autoritário de “guerra ao inimigo” de forma puramente emocional e simplista, impondo tratamento penal diferenciado às classes subalternas.

De acordo com Zaffaroni (2007, p. 75),

[...] vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.

A falsa ilusão de que se combaterá a criminalidade com o aumento do rigor da legislação penal fomenta a implementação do “autoritarismo *cool*”, baseado em convicções modistas e passageiras, que reforçam o Estado policial existente dentro dos Estados de direito. Conforme Karam (2006, p. 97-98), “esse autoritarismo não se revela aos olhos distraídos da maioria, que, voltada para seus cegos anseios de segurança, aprova e aplaude os avanços do poder punitivo concretizado na intervenção do sistema penal”.

Neste contexto insere-se a teoria do Direito penal do inimigo, apresentada pelo renomado penalista alemão Günther Jakobs, de forma crítica e meramente descritiva, em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt (1985) e, posteriormente, legitimada pelo professor em uma palestra na Conferência do Milênio em Berlim (1999) como um modo de deter delitos graves, tal qual, de modo paradigmático, o terrorismo.

[...] Jakobs pareceu reconhecer a impossibilidade de o direito penal se valer de conceitos seculares e se percebeu a busca pela legitimação do direito penal do inimigo como parte integrante do direito penal, um direito penal de emergência, com vigência em caráter excepcional e direcionado ao não-cidadão (FRANÇA, 2012, p. 387).

A teoria do Direito penal do inimigo ampara-se no discurso da prevenção geral positiva para legitimar a pena criminal. Esta cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, tendo por objetivo prevenir o delito por meio da estabilização das expectativas normativas, desenvolvida pela sociologia de Luhmann.

Meliá sintetiza três elementos básicos na teoria do Direito penal do inimigo. São eles: a) um amplo adiantamento da punibilidade, que revela uma perspectiva prospectiva do ordenamento jurídico penal, que se utiliza do fato futuro como ponto de referência; b) a desproporcionalidade das penas; c) a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67). No mesmo esteio, Gomes (2004, apud MORAES, 2008, p. 198) interpreta que as principais bandeiras da teoria são:

[...] flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); inobservância de princípios básicos, como o da ofensividade da exteriorização do fato, da imputação objetiva, etc.; aumento desproporcional das penas; criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); endurecimento sem causa da execução penal; exagerada antecipação da tutela; corte de

direitos e garantias processuais fundamentais; concessão de prêmios ao inimigo que se mostre fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); infiltração de agentes policiais; uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); etc.

O direito penal é dividido em dois sistemas diferentes, propostos para duas categorias distintas de seres humanos – os cidadãos e os inimigos, “cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do fato e da culpabilidade para um discriminatório Direito Penal do autor e da periculosidade” (SANTOS, s/d, p. 02).

A dialética entre o direito penal do autor e o direito penal do fato fundamenta-se na diferenciação entre punir o autor pela sua forma de ser, sua personalidade considerada delitativa e puni-lo pelo que efetivamente fez, tomando o fato de forma exclusiva e pura. O Direito penal do inimigo mostra-se incompatível com o princípio do direito penal do fato, na medida em que este pode ser entendido como “aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na ‘atitude interna’ do autor” (MELIÁ, 2007, p. 80).

Jakobs (2007, p. 49) entende que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”.

[...] o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os cidadãos e de outra para os inimigos, reservando o caráter de pessoa para os primeiros e considerando não-pessoas os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal. Tratar-se-ia de uma espécie de quarentena penal do inimigo (ZAFFARONI, 2007, p. 156).

A teoria do Direito penal do inimigo expõe que, enquanto para o cidadão a pena seria uma reação contra-fática, de caráter retrospectivo, aplicada no intuito de preservar o significado simbólico de reafirmação da validade da norma, para o inimigo ela adquire o caráter de medida de força, com um significado físico de custódia de segurança prospectiva. O

inimigo, ao perder o seu status de pessoa, deixa de ser considerado sujeito de direito e torna-se mero objeto de coação, podendo, dessa forma, ser submetido a uma lógica de guerra.

De acordo com André Callegari e Nereu Giacomolli, o Direito penal do inimigo abriga dois fenômenos criminais: o simbolismo do Direito penal e o punitivismo expansionista, agregando no mesmo conceito o conservadorismo e o liberalismo penal. Os paradigmas preconizados pelo Direito penal do inimigo refletem a incompetência e a irracionalidade estatal, ao diferenciar o cidadão “normal” do “outro”. Essa excepcionalidade deve ser negada com a aplicação dos direitos penal e processual penal constitucionalmente previstos, orientados por critérios de proporcionalidade e respeito à essência humana (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 18).

Em efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, à primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural e neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. [...] Nesse sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 71-72).

Silva Sánchez (2013, p. 193) incorporou o fenômeno do Direito penal do inimigo a sua própria concepção político-criminal. Segundo o seu juízo, no momento atual se diferenciam duas velocidades de Direito Penal. A primeira caracteriza-se por impor penas privativas de liberdade que mantenham rigidamente os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais. A segunda refere-se às infrações que impõem penas de privação de direito ou pecuniárias, em que os princípios experimentam certa flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. A partir da exposição da atual tendência de relativização de regras de imputação, das garantias político-criminais e dos critérios processuais pela teoria do Direito penal do inimigo, o autor acrescenta uma terceira velocidade ao direito penal, de caráter excepcional, na qual coexistem a

imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação.

As características desta terceira velocidade seriam, então, a ampla antecipação da proteção penal, a ausência de redução de pena correspondente a tal antecipação, a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate e o solapamento de garantias processuais.

A transição do cidadão ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria de ser enfrentada de modo prontamente eficaz (SÁNCHEZ, 2013, p. 195).

Atualmente, a criminalidade econômica, sexual, organizada ou terrorista tem sido utilizada como fundamento para negar a aplicação de um direito penal do fato e conceder o caráter de inimigos aos autores de tais crimes. No entanto, conforme preceitua Zaffaroni (2007, p. 82),

[...] a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente.

Como a individualização das vítimas do Direito penal do inimigo fica a cargo dos detentores do poder, pertencentes às classes hegemônicas, o tratamento penal oferecido ao “inimigo” em regra corresponde ao reservado às classes subalternas, o que reforça características como a seletividade, a repressividade e a estigmatização inerentes a grande parte dos atuais sistemas penais.

Discute-se na doutrina a legitimidade do Direito penal do inimigo, se este “persiste sendo ‘Direito’ ou se é já, ao contrário, um ‘não Direito’, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos ‘excluídos’” (SÁNCHEZ, 2013, p. 196). Quando o conceito de inimigo é abordado no direito penal, fora do contexto bélico, este introduz uma conjuntura de guerra permanente, em que medidas de emergência e de exceção passam a ser abarcadas pelo direito ordinário, colocando em cheque as liberdades

asseguradas a todos os indivíduos, visto que, consoante estabelece Zaffaroni (2007, p. 150),

[...] ao se limitar as liberdades de todos para poder individualizar eficazmente os inimigos, estreita-se a possibilidade de defesa dos cidadãos perante esses mesmos organismos, pois, por definição, estamos neutralizando, ou pelo menos debilitando, os controles do Estado de direito.

A introdução do conceito de inimigo no direito ordinário mostra-se incompatível com o modelo ideal de Estado democrático de direito almejado por nossa Constituição. Ao se admitir o tratamento diferenciado a determinados inimigos, mesmo que de forma contida e delimitada, o Estado democrático de direito real desaparece e cede espaço ao Estado de polícia, que se encontrava encapsulado em seu interior.

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixa de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos –, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência (ZAFFARONI, 2007, p. 172).

Conforme preceitua Zaffaroni (apud BATISTA, 2011, p. 91), “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode punir o ser, senão o fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta”. A teoria do Direito penal do inimigo, portanto, ao retirar o status de pessoa e punir como guerreiros ou inimigos os transgressores de determinadas categorias de normas penais, afasta-se do direito penal do fato e aproxima-se de um direito penal do

autor, instaurando um grau de insegurança jurídica incompatível com as exigências do Estado democrático de direito.

## **4.2 A adoção do direito penal do inimigo no contexto das manifestações**

A criminalização das manifestações populares verificada em âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se opera por meio do processo de criminalização primária e secundária. Sauer (2008, p. 02) estabelece que

[...] criminalizar não é utilizar a força policial para reprimir manifestações (tratar como “caso de polícia”), mas é transformar (caracterizar ou tipificar) uma determinada ação em um crime. Utilizando mecanismos legais, a intenção é fazer com que ações e pessoas sejam vistas e julgadas (pela opinião pública, pelo órgão estatal responsável) como atos criminosos e bandidos (iniciativas feitas à margem da lei).

A criminalização primária corresponde à seletividade do processo legislativo, em que a norma penal é elaborada de modo a direcionar-se a determinados destinatários individualizados de acordo com os anseios dos grupos dominantes.

Neste cenário, a qualidade e a quantidade da pena refletem o comprometimento do legislador para com os interesses dos grupos políticos e socioeconômicos que representa e visam, precipuamente, à salvaguarda e à ampliação das condições de influência de tais grupos (MARTINI, 2007, p. 45).

De acordo com Zaccone (apud Martini, 2007, p. 46), a criminalização secundária corresponde à “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo”. Ela opera nas instâncias formais de controle e aplicação da lei, por meio de ações e reações de autores como a Polícia, o Judiciário, o Ministério Público e a imprensa.

A adoção do Direito penal do inimigo, no contexto das manifestações, faz-se prática comum nestes dois momentos, tanto na criação de leis de luta ou combate direcionadas a indivíduos que protestam, como nas atuações de instituições que flexibilizam garantias penais, processuais e executórias.



Legislações penais que tipificam novas condutas como o terrorismo (Lei 13.260/2016) ou recrudescem penas a crimes já existentes, como os projetos de lei que qualificam o crime de dano patrimonial ocorrido durante protesto (PL 6307/2013 e PL6277/2013), são expressões do “populismo penal”, que busca satisfazer demandas de forma simbólica por meio da ineficaz “pedagogia do medo”. Não raro, tais normas utilizam-se do adiantamento da punibilidade como forma de ameaça aos manifestantes, como ocorre com a Lei Estadual Paulista n. 15.556/2014, que veda o uso de máscaras durante a ocorrência de protestos.

O uso de leis que possuem incriminações vagas e indeterminadas para enquadrar manifestantes esboça a tendência de tratamento diferenciado aos dissidentes das expectativas das classes hegemônicas, uma vez que se relativiza o princípio da legalidade em busca de uma maior intimidação penal.

O manifestante também é tido como inimigo quando instituições como a Polícia Militar, a Polícia Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário corroboram a lógica da criminalização secundária, por meio do uso excessivo de armas “menos letais”, de detenções para averiguação pelo simples porte de mochila ou vinagre, de inquéritos obscuros nos crimes cometidos durante protestos, da ineficaz execução do controle externo da atividade policial ou de decisões judiciais que dificultam o livre exercício do direito de manifestação.

Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário lançam mão, como política de gerenciamento e controle, de diversas práticas de exceção que visam criminalizar os integrantes dos novos movimentos sociais de protesto, de modo que o Estado democrático de direito paulatinamente dá lugar a um estado de exceção permanente, permeado pelo ranço autoritário de ditadura que, mesmo após 28 anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda se faz muito presente em nossa contemporaneidade.

A imprensa reproduz o discurso do Direito penal do inimigo à medida que fomenta a dicotomia entre os termos “manifestantes” e “vândalos”. Conforme asseveram Mendonça e Daemon (2014, p. 46), os primeiros são “tratados como legítimos cidadãos em seu direito de reivindicação, e os segundos, como os perturbadores da ordem que, mais uma vez, legitimarão as ações (violentas) de repressão da Tropa de Choque”.

Essa demonização repercutida por parte da grande mídia pode ter ainda o efeito perverso de – ao buscar separar o suposto joio do suposto trigo e zelar para que se evitem os

atos de vandalismo policial verificados contra “manifestantes pacíficos”, jornalistas e setores da classe média –, no mesmo passo que venha cancelar a concentração histórica desse vandalismo nos de sempre, os jovens pobres das periferias de nossas cidades (MINHOTO, 2013, p. 03).

A averiguação de elementos da teoria do Direito penal do inimigo no contexto das manifestações populares nos permite questionar sobre a favor de quais grupos são estipulados os padrões de controle social, quais são os reais interesses que vão influenciar na tipificação de uma conduta e como se afere a real gravidade dos delitos. Entender a dinâmica social na qual estão inseridas as normas jurídicas é de fundamental importância para transcendermos discursos punitivistas e simbólicos e seguirmos rumo a uma real efetivação da democracia, que garanta de fato o direito à manifestação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação truculenta das forças de segurança pública durante as Jornadas de Junho de 2013 e os protestos que as seguiram expuseram um contexto de criminalização das manifestações populares até então camuflado em nosso Estado democrático de direito e chamaram a atenção para práticas de exceção remanescentes de um período de ditadura que ainda não foram devidamente superadas, como as prisões para averiguação, a utilização indiscriminada de armas “menos letais” e a ausência de identificação dos policiais em atividade.

O antigo paradigma autoritário de segurança pública ainda se faz presente se analisarmos que não existem leis traçando as diretrizes da atuação policial em protestos e que o diálogo, a cooperação e o aconselhamento às lideranças do movimento foram negligenciados para dar lugar a práticas de combate, pautadas por uma lógica de guerra aos “vândalos”. Eventuais incidentes de vandalismo têm sido utilizados pelas forças policiais, com o apoio de parcela considerável da imprensa, como justificativa para a truculência da corporação, de modo a gerar a sensação de que tais práticas abusivas são um “mal necessário” para a restauração da ordem.

A lógica do inimigo interno pregada pela Doutrina de Segurança Nacional, responsável pela perseguição da ameaça comunista representada por militantes de esquerda, subsistiu ao término do período de ditadura militar e mostrou-se presente em nossa contemporaneidade, com a utilização da autoritária Lei de Segurança Nacional de 1983 e da Lei 13.260 de 2016 para enquadrar ilícitos cometidos por manifestantes no contexto

de protestos. O discurso antiterrorista vem sendo utilizado de forma camuflada para colocar em xeque as liberdades de associação, reunião e expressão constitucionalmente asseguradas, dificultando o florescimento de levantes populares por meio da coação e do medo.

O simbolismo e o punitivismo intrínsecos a tais projetos exprimem tentativas demagógicas do legislador de sanar o sentimento de insegurança ocasionado por práticas incidentalmente violentas ocorridas em protestos, e de assegurar que a ocorrência de megaeventos esportivos se dê sem eventuais transtornos. Objetiva-se, deste modo, maquiagem o país de forma emergencialista em suas exposições no cenário internacional, para que este transmita uma imagem subserviente e festiva, mesmo que, para tanto, tensionamentos pela efetivação de direitos tenham que ser suprimidos.

O Judiciário, que possui por função precípua guardar o respeito a nossa Constituição Federal, em diversas decisões se mostrou avesso ao livre exercício do direito de manifestação, corroborando com as políticas de repressão no ato e no controle das manifestações, orquestradas pelos poderes Executivo e Legislativo.

Tais políticas, no entanto, se expressam de forma seletiva. Manifestações não contrárias aos interesses das classes hegemônicas têm a execução devidamente assegurada pelo Estado, visto que não denunciam questões estruturais relacionadas à reprodução das desigualdades sociais. Em contrapartida, levantes populares que questionam criticamente a efetivação de direitos sociais e levam a público demandas de pessoas excluídas do sistema econômico ou incluídas numa lógica de exploração são criminalizados e submetidos a “sistemas punitivos subterrâneos” como averiguados nos protestos contra o aumento das tarifas de transporte público urbano.

Em suma, o contexto de criminalização das manifestações populares supracitado mostra-se incompatível com os anseios por uma sociedade livre, justa, solidária e democrática. O Estado democrático de direito formalmente instituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem a sua efetividade negada com a implementação de práticas violentas e de exceção como as recentemente executadas por instituições que, teoricamente, são neutras e independentes. A crítica à famigerada

violência política praticada por tais instituições é o primeiro passo para que ela possa ser desmascarada e combatida.

## REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. **Nas Ruas, Nas Leis, Nos Tribunais:** violações ao direito de protesto no Brasil 2015-2016. 2017. Disponível em: <<https://2016brasil.protestos.org/>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Meio século depois e agora? **Jornal da AJD**. Ano 14, n. 62, dez/fev 2014a, p. 02. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/82\\_jornal\\_62\\_2014.pdf](http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/82_jornal_62_2014.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e as Manifestações: a Instituição do CEPRAJUD pelo TJSP. **Jornal da AJD**. Ano 14, n. 62, dez/fev 2014b, p. 10. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/83\\_83\\_jornal\\_63.pdf](http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/83_83_jornal_63.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Manifesto contra a criminalização de advogadas e advogados que atuam em defesa de manifestantes. **Jornal da AJD**. Ano 14, n. 62, dez/fev 2014c, p. 07. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/82\\_jornal\\_62\\_2014.pdf](http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/82_jornal_62_2014.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Liberdade com ressalvas**. 07 set. 2013. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/institucional/mostrar-noticias/noticia/10624>>. Acesso em: 02 set. 2015.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS. Defensoria Pública de SP ajuíza ação civil pública para impedir abusos policiais em manifestações. 24 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/noticias/defensoria-publica-de-sp-ajuiza-acao-civil-publica-para-impedir-abusos-policiais-em-manifestacoes/>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BATISTA, NILO. **INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 12. ED. RIO DE JANEIRO: REVAN, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **No Brasil não há terrorismo: tipificá-lo como crime é abusivo**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936010/no-brasil-nao-ha-terrorismo-tipifica-lo-como-crime-e-abusivo>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.260/16**, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.281/16**, de 04 de maio de 2016. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113281.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113281.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.170**, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 8.851/2013**, de 09 de dezembro de 2013. Institui o Centro de Pronto Atendimento Judiciário em Plantão (CEPRAJUD), ao qual competirá a apreciação de comunicações de prisão em flagrante e medidas cautelares processuais penais, relacionadas a grandes manifestações na Capital. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/TJSP-PORTARIA%20N%20C2%BA%208\\_851-2013-Manifesta%C3%A7%C3%B5es%20Capital.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/TJSP-PORTARIA%20N%20C2%BA%208_851-2013-Manifesta%C3%A7%C3%B5es%20Capital.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. **Projeto de lei nº 499**, de 2013. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141938&tp=1>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 6277**, de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 163, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7807E2EC1B69B34D25C5816230ED6172.proposicoesWeb1?codteor=1126448&filename=PL+6277/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7807E2EC1B69B34D25C5816230ED6172.proposicoesWeb1?codteor=1126448&filename=PL+6277/2013)>. Acesso em: 13 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 6307**, de 2013. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1129259&filename=PL+6307/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1129259&filename=PL+6307/2013)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas corpus nº 0008001-15.2013.8.26.0229, da 1ª Vara da Comarca de Sumaré, Hortolândia, 19 jun. 2013**. Disponível em: Boletim IBCCrim. Ano 21, n. 248, julho/2013, p. 1670.

BRITO, Alexis Couto de. Movimentos sociais e a segurança nacional. **Boletim IBCCrim**. Ano 22, n. 254, janeiro/2014.

CHAUÍ, Marilena. As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo. **Teoria e debate**, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/nacional/manifestacoes-de-junho-de-2013-na-cidade-de-sao-paulo>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

COLETIVO MENOS LETAIS. **Armas menos letais**. Disponível em: <<http://www.menosletais.org/armas-menos-letais/>>. Acesso em: 27 maio 2015.

CUSTÓDIO, Rafael; BRANT, Maria. Por uma outra polícia. **Boletim IBCCrim**. Ano 21, n. 249, agosto/2013.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório sobre a atuação da Comissão Especial da Copa do Mundo FIFA 2014**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/Relat%C3%B3rio%20da%20Comiss%C3%A3o%20Especial%20da%20Copa%202014.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

EL PAÍS. **Promotoria acusa jovens detidos em protesto anti-Temer de organização criminosa.** 25 dez. 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/25/politica/1482668229\\_940671.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/25/politica/1482668229_940671.html)>. Acesso em: 28 mar. 2017.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. **Jornal O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 de abril de 1983, p. 34. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo39.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo39.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, ano 3, v. 5, p. 96, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.domhelder.edu.br/veredas\\_direito/pdf/23\\_122.pdf](http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/23_122.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; HOMMERDING, Adalberto Narciso. A irracionalidade das leis penais e o simbolismo negativo: o caso do legislador brasileiro no projeto de punir o crime de terrorismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 22, v. 110, p. 299-328, set./out. 2014.

MARTINI, Márcia. **A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas.** Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/650/3.4.1%20A%20seletividade%20punitiva.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal.** 2009. 288 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MENDONÇA, Kleber; DAEMON, Flora. **Os “outros” da rua: o acontecimento discursivo das manifestações de 2013.** Disponível em: <<http://revistacmc.espm.br/index.php/revistacmc/article/download/676/pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

MINHOTO, Laurindo Dias. Protestos desengajados? **Boletim IBCCrim**. Ano 21, n. 251, outubro/2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008

MUÑOZ, Alberto Alonso. Eichmann em Jerusalém e a banalidade do mal na decisão do juiz. **Jornal da AJD**. Ano 14, n. 52, jan/mar 2011, p. 07. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/71\\_democracia\\_52.pdf](http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/71_democracia_52.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Proibição do uso de máscaras em manifestação: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, 04 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/proibicao-do-uso-de-mascaras-em-manifestacao-posicao-contraria/12367>>. Acesso em: 13. Jul. 2015.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 585p.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ofício n. 345/2014-ASL**. Brasília, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=154826&tp=1>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ROSSETI, Disney. A formulação de políticas de segurança pública no paradigma do Estado democrático de direito: uma breve visão das instituições policiais pós -1988. **Revista segurança pública e cidadania**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 177-212, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

SAUER, Sérgio. **Processos recentes de criminalização dos movimentos sociais populares**. Brasília, set. 2008, p. 02. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2008/10/Processos-recentes-de-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-dos-movimentos-sociais-populares.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.



SÃO PAULO. **Lei estadual nº 15.556/14**. 29 de agosto de 2014. Restringe o uso de máscaras ou qualquer paramento que oculte o rosto da pessoa em manifestações e reuniões, na forma que especifica, e dá providências correlatas. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=173418>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

UOL. **Com baixa mobilização, MPL realiza ato contra aumento da tarifa em SP**. 25 fev. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/02/25/com-baixa-mobilizacao-mpl-realiza-ato-contr-aumento-da-tarifa-em-sp.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

VALOR, Econômico. **Deputados de São Paulo aprovam lei que proíbe mascarados em protesto**. São Paulo, 04 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3604566/deputados-de-sao-paulo-aprovam-lei-que-proibe-mascarados-em-protesto>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.



# DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE UMA DIVERGÊNCIA ENTRE MARX E BOBBIO

## *DIMENSIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN A PERSPECTIVE DIVERGENCE BETWEEN MARX AND BOBBIO*

Norton Maldonado Dias\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Dos direitos fundamentais: na evolução teórica clássica das fases de proteção. 2 Das crises das gerações de direitos na perspectiva do conteúdo no plano da abstratividade. 3 Das crises das gerações de direitos na perspectiva dos sujeitos no plano da efetividade. 3.1 Da perspectiva subjetiva para a primeira dimensão de direitos. 3.2 Da perspectiva subjetiva para a segunda dimensão de direitos. 3.3 Da perspectiva subjetiva para a terceira dimensão de direitos. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** No estudo das prerrogativas compreendidas como fundamentais, destaca-se a necessidade de definição do surgimento e determinação desses direitos. Uma das vertentes mais reconhecidas acerca do tema consiste nas ideias de Dimensões de Direitos que, em que pese pertencente a autoria de Karel Vasak, foi Norberto Bobbio um dos principais defensores e divulgadores do pensamento em famosa obra intitulada “A Era dos Direitos”, porém marcada por uma significativa e pontual divergência em face a outro trabalho intitulado “Sobre a Questão Judaica”, em que a análise subjetiva de Marx será afastada por ser enfatizado o aspecto abstrato da universalidade desses direitos. O trabalho conclui que a tutela e positividade de direitos não pode ser o único fator considerado na conformação de direitos fundamentais e a perspectiva subjetiva de Marx é retomada como forma de redefinição do significado da proteção jurídica como uma das várias influências neste processo de determinação.

**Palavras-chave:** Gerações de Direitos. Direitos Fundamentais. Norberto Bobbio. Karl Marx.

**ABSTRACT:** *In the study of understood as fundamental prerogatives, there is the need to define the appearance and determination of those rights. One of the most recognizable aspects of the topic consists of Rights Dimensions of ideas that, despite belonging to the authorship of Karel Vasak, was Norberto Bobbio one of the main advocates and promoters of thought in a famous work entitled "The Age of Rights" but marked by a significant and timely divergence in the face of another work entitled "on the Jewish Question", where subjective analysis of Marx will be away to be emphasized abstract aspect of universality of these rights. The paper concludes that the protection and assertiveness rights can not be the only factor that should be considered in the formation of fundamental rights and the subjective perspective of Marx is taken as a way of redefining the meaning of legal protection as one of several influences in this process determination.*

---

\* Mestrado em Direito (Centro Universitário Eurípedes de Marília). Especialização em Direito na Pós-graduação da UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná (2012). Professor nas disciplinas de Direito Constitucional I e II da Faculdade de Direito de Sinopi - MT, Teoria Geral do Direito Civil e Direito Tributário I. Ainda leciona na cadeira de Direito Constitucional do projeto Resolve Direito - curso preparatório para o exame da OAB da Fasipe. Lecionou nas disciplinas de teoria geral da iniciação científica, Direito Ambiental e monografia I. Atuação na pesquisa com cadastro (10/2014) no grupo de pesquisa vinculado ao Diretório do CNPQ: Gramática dos Direitos Fundamentais (Univem). Advogado.

**Como citar:** DIAS, Norton Maldonado. Dimensões dos Direitos Fundamentais na perspectiva de uma divergência entre Marx e Bobbio. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 275-304, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

## INTRODUÇÃO

A proposta do pensamento genuinamente atribuído a Karel Vasak e, posteriormente bastante divulgado e repercutido pela obra intitulada “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, acerca do surgimento e determinação dos direitos relativos à pessoa humana e que ficaram conhecidos como gerações ou dimensões de direitos, estão assentados em uma cronologia de afirmação que, corresponde, em um primeiro momento, em proteção para os direitos civis e políticos, em um segundo momento voltado aos direitos sociais e econômicos, e, por fim, o terceiro momento atrelado às prerrogativas relativas à fraternidade e coaduna à verificação e conferência doutrinária que é inerente ao aspecto científico de qualquer proposta teórica (SARLET, 1998).

Ocorre que a conferência e a verificação não se satisfazem ao vislumbrar a ordem histórica proposta por Karel Vasak, do ponto de vista de documentos de natureza diversa, como Tratados e Convenções Internacionais, considerando que do ponto de vista Internacional as primeiras proteções relativas aos direitos da pessoa humana dizem respeito às prerrogativas trabalhistas com a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1919, e não com os direitos civis e políticos dentro da proposta geracional.

A proposta retoma a universalidade abstrata alinhando-se à perspectiva de Bobbio, para analisar objetivamente a esfera dos conteúdos, em suma, a ontologia dos direitos fundamentais para compreender alguns divulgados desvios, dentre os quais, compreender as razões para que, no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais, não começassem sua esfera de proteção aos direitos civis e políticos, como pretendeu a proposta geracional, mas sim, pelos direitos sociais com a Convenção da OIT de 1919.

O problema no pensamento de Karel Vasak, que leva o descompasso entre a cronologia de surgimento dos direitos atinentes à pessoa humana acaba não se verificando no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais. E está, justamente, no critério sobre o qual tal pensamento foi desenvolvido e busca atrelar o surgimento de prerrogativas ao momento em que foram positivados, retornando ao histórico de proteções de um determinado ordenamento jurídico para concluir pelo seu surgimento.

Ocorre que o critério positivista formal acaba sendo um resquício do tradicional positivismo hermético e, considerar um pensamento

que categoriza e divide prerrogativas que pela própria natureza são indivisíveis, subdividindo em fases estanques e autônomas de proteção, acaba atentando, inclusive, a outras características básicas desses direitos que doutrinariamente é reconhecido que toca na aplicação.

A resposta de alguns autores aos problemas no pensamento de Karel Vasak e que este trabalho tenta retratar na qualidade de um dos seus objetivos está, precisamente, na aplicação do sistema unitário que enfatiza o aspecto de princípios dos direitos fundamentais, aplicando, assim, o postulado da ponderação de interesses que ignora por completo as diferentes fases geracionais.

Ocorre que com a crise no pensamento de Karel Vasak acerca do surgimento dos direitos da pessoa humana, surge o problema de pesquisa que se busca responder, em suma, se o critério positivista formal, sobre o qual se construiu todo o ideário geracional, está ou não ab-rogado ou suprimido da respectiva crise.

Sendo difícil desconsiderar por completo o momento em que os direitos são positivados em determinado ordenamento jurídico, de modo que a presente investigação sonda a hipótese de que o erro na proposta de Vasak está em considerar o critério formal positivista como única e exclusiva fonte de surgimento desses direitos.

Assim, confirma-se que o critério positivista formal não deve ser totalmente desconsiderado, mas sim vislumbrado como mais uma influência inserida no processo, dentre outras que deveriam ser analisadas concomitantemente a outros fatores de ordem sociológica, histórica, antropológica. Estende-se, portanto, neste propósito, a necessidade de se responder qual seria o valor do critério positivista formal no processo de surgimento dos direitos, de modo a reapreciar este critério, não mais como único e exclusivo fator, mas com outros que devem também ser verificados no processo de surgimento e determinação de prerrogativas.

Com o fito de valorar novamente, redefinir ou reapreciar o momento em que direitos foram positivados e inseridos no ordenamento jurídico, no processo de surgimento de prerrogativas, é que foi relevada uma pontual divergência correspondente ao objeto desta investigação. Trata-se de uma celeuma muito pouco aprofundada, verificável em uma das obras que mais projetaram o ideário das gerações ou dimensões de direitos, o livro intitulado *L'Era Dei Diritti* (A Era dos Direitos) de autoria do jurista italiano Norberto Bobbio, onde o autor reconhece a divergência

doutrinária com outro trabalho, intitulado *Zur Judenfrage* (Sobre a Questão Judaica), de autoria do filósofo alemão Karl Marx.

Vale ressaltar, em que se pese significativa necessidade do objeto da investigação referente ao surgimento e determinação dos direitos após a crise no pensamento de Vasak, que por muito preencheu a lacuna acerca da temática, mas que, entretanto, é imprescindível a advertência da diferença temporal dos autores quando o próprio Norberto Bobbio importará considerável diferença cronológica, política e histórico-contextual ao invocar a fala de Karl Marx, observando a contemporaneidade dos autores e a função dos direitos fundamentais no século XIX.

Para tal objetivo, que tende a respeitar a diferença contextual, política e histórica do tempo dos dizeres de Karl Marx que foram importados por Norberto Bobbio na obra supracitada em um momento bastante diferente no século XX, faz-se necessário uma abordagem dos direitos fundamentais que esclareça os períodos em que ambos os autores escreveram seus trabalhos, antes mesmo de adentrar na divergência que um deles fará alusão. Para tal e ressaltando o propósito de reapreciar e redefinir o momento de posituação de direitos, valendo das noções de moralidade legalizada e crítica, ou ainda as três dimensões elaboradas por Gregório Peces-Barba Martinez, acerca dos direitos fundamentais: dimensões ética, jurídica e social que este trabalho também irá retratar.

Ainda no intento de acautelar as propostas que categorizam direitos em uma visão mais atual dos direitos atinentes a pessoa humana, destaca-se dois grupos diferentes de prerrogativas que valem a abordagem pelo tradicionalismo desta subdivisão: os direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos que apontam para diferentes objetivos dos Estados de Direitos que os protegeram. Acabam sendo, para Christian Curtis e Victor Abramovich, desnecessários, haja vista ambos exigirem de Estados níveis de obrigações diversas que podem coincidir entre os diferentes grupos.

Os objetivos irão trabalhar dentro da revisão subjetiva de Marx, que restringiu apenas a um documento pertencente à primeira dimensão ou geração de direitos, estendendo a revisão subjetiva no plano da efetividade para a segunda e terceira geração e dimensão de direitos, sempre com o objetivo de redefinir ou (re)significar o critério da proteção jurídica de direitos após a crise do pensamento de Karel Vasak.

Para tais objetivos será utilizada a metodologia dedutiva, precipuamente, bibliográfica no sentido da aproximação de transcrever

a vertente de Norberto Bobbio que, divergindo de Karl Marx, reafirma subjetivamente a todos com o reconhecimento da universalidade desses direitos, concentrando a investigação nos conteúdos juridicamente protegidos e nos fatores que levaram aos derradeiros problemas que acabaram sendo respondidos por autores como Carlos Weis, Cançado Trindade e Jairo Schäffer.

De modo a esclarecer e especificar ainda mais o desenvolvimento da metodologia dedutiva, o trabalho retoma a pontual divergência já mencionada para se afastar do âmbito meramente abstrato da referência universal dos conteúdos e irá se aproximar de uma análise estritamente subjetiva voltada a real efetividade dos direitos abstratamente universais que foram juridicamente protegidos, mas que, no âmbito da real materialidade, beneficiaram e favoreceram somente algumas categorias subjetivas, buscando possíveis resultados adstritos às três primeiras gerações ou dimensões, considerando a proposta genuína que não vislumbrou a quarta e outras fases geracionais.

Para esta solução, o trabalho utiliza a pontual divergência entre Bobbio e Marx (BOBBIO, 2004), em um primeiro momento, reaproximando-a da universalidade reafirmada por Bobbio que referenciará todos na positivação desses direitos, afastando possíveis indagações subjetivas. Em um segundo momento, a proposta se concentrará na real efetividade que se afasta da universalidade desses direitos que não transcendem a esfera das textualizações, aproximando-se da vertente de Marx, a qual reconhece possíveis favorecimentos e benefícios com a respectiva positivação (perspectiva subjetiva de Marx em detrimento da perspectiva objetiva dos conteúdos de Bobbio).

## **1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NA EVOLUÇÃO TEÓRICA CLÁSSICA DAS FASES DE PROTEÇÃO**

O histórico de proteção dos direitos fundamentais sempre foi um dentre os fatores significativa influência no estudo do surgimento e conformação dessas prerrogativas, de modo que, sem desconsiderar esta significativa fonte na investigativa desta temática, ressalta-se umas das primeiras proteções e menções a estes conteúdos no histórico jurídico, como um marco no estudo das proteções, trata-se do artigo 39 que diz:

Nenhum homem livre será preso, encarcerado ou privado de uma propriedade, ou torturado fora da lei, ou exilado, ou

de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra (INGLATERRA, 1215, tradução nossa<sup>1</sup>).

Ocorre, porém, que há uma curiosa suspeição em propostas teóricas que considerem tão somente o histórico positivista de previsão como único fator a ser considerado no estudo do surgimento de tais direitos e uma das propostas que repercutiram e irradiaram o histórico de proteção dos direitos fundamentais, inclusive bastante aceito pela doutrina, consiste justamente na elaboração de Karel Vasak na aula inaugural de seu curso em Estrasburgo, onde propôs relacionar o histórico de proteção dos direitos fundamentais ao lema da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade):

[...] o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações - evolução - dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 42).

Em suma, a proposta de Karel Vasak, jurista tcheco naturalizado na França, está pautada em uma primeira fase de previsão correspondente aos direitos civis e políticos, uma segunda fase de proteção atinente aos direitos sociais e econômicos, e uma terceira e última fase de proteção referente aos direitos relativos a fraternidade, incluindo prerrogativas difusas:

---

<sup>1</sup> Aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou lésé de quelque manière que ce soit, pas plus que nous n’emploierons la force contre lui, ou enverrons d’autres pour le faire, sans un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays.(INGLATERRA, 1215).



[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (BRASIL, 1995)

As razões que levaram o pensamento geracional à fama que hoje se verifica nos diversos ramos do Direito são as mais diversas, oscilam na relevância da aula inaugural do instituto de Karel Vasak em 1979, ou ainda no fenômeno da constitucionalização dos Direitos que levou o discurso às mais remotas pontas das ramificações jurídicas, dentre as quais, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Penal e outros; porém, o fator que mais divulgou este pensamento está, majoritariamente, afirmado na relevância da obra “A Era dos Direitos” de Bobbio:

Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa” - ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou (HONESKO, 2008, p. 189).

Sendo neste trabalho de autoria de Norberto Bobbio que o próprio autor irá reconhecer uma pontual celeuma (BOBBIO, 2004) muito pouco desenvolvida e que será o parâmetro desta presente proposta que, em um primeiro momento, irá se concentrar nos direitos e nos conteúdos juridicamente protegidos, considerando a universalidade que referencia a todos, afastando discussões sobre categorias subjetivas favorecidas no campo da efetividade real dessas proteções jurídicas e, em um segundo momento, traz as discussões subjetivas iniciadas por Karl Marx em “Sobre a Questão Judaica”, onde será reconhecido que a universalidade não venceu

o campo das positivações de direitos, sendo possível perceber categorias favorecidas na análise da real materialidade dessas prerrogativas, buscando nesta divergência entre Marx e Bobbio não só a abordagem da crise das gerações de direitos em face aos conteúdos protegidos, mas também a necessidade de redefinir e reapreciar o critério formal positivista no processo de surgimento e conformação de direitos fundamentais.

## **2 DAS CRISES DAS GERAÇÕES DE DIREITOS NA PERSPECTIVA DO CONTEÚDO NO PLANO DA ABSTRATIVIDADE**

Desse modo, afastando-se da esfera de Marx em “Sobre a Questão Judaica”, ou seja, distanciando-se da perspectiva subjetiva e adentrando na consideração teorizada e abstrata dos conteúdos juridicamente protegidos, considera-se a universalidade reafirmada por Bobbio e que, de uma maneira geral, reduzindo-se questionamentos acerca de favorecidos no campo da realidade efetividade de categorias subjetivas de sujeitos, atentando-se a investigativa nos campo dos direitos juridicamente protegidos e na verificação de suas peculiaridades com relação ao pensamento geracional de Vasak com um conclusivo de que a questão das “gerações” ou “dimensões” é meramente vocabular e também não escapa de significativos problemas:

[...] Portanto, o que parece ser uma questão meramente vocabular acaba por demonstrar a perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, especialmente sua indivisibilidade e sua interdependência, que se contrapõem à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos (Weis, 2010, p. 53)

Essa questão vocabular também gerou discussões acerca de outros termos como liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, direitos civis e outras variações que Gregório Peces-Barba Martinez ensina que foram criações cunhadas no mundo moderno, quando da transformação da cultura comunitária da Idade Média para a cultura individualista da Idade Moderna, surgindo aos poucos como decorrente consequencial das evoluções culturais, históricas, ideológicas e outras (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 22).

No caso da evolução ocorrida para o surgimento dos direitos que foram sendo reconhecidas, inclusive entre os constitucionalistas, deixando

o uso das “gerações” para a intituladora “dimensão dos direitos” está justificada no fato de que a expressão “gerações” possui um significado de sucessão ou substituição de direitos de um momento de proteção em detrimento de outro vindouro e, por isso, foi sendo substituída pela expressão “dimensões”, destacando, assim, seu caráter cumulativo e não sucessório.

A principal problemática está, justamente, assentada na ideia de classificar e categorizar direitos que na essência são incidíveis, inter-relacionados e interdependentes, nos conformes do que a doutrina admite, em suma, incompatíveis com a sistemas estanques das gerações:

A segunda crítica reporta-se ao próprio método de classificação dos direitos fundamentais. É discutível a validade dogmática da teoria que, ignorando completamente a estrutura própria dos direitos, utiliza o momento histórico como fator exclusivo de classificação dos direitos fundamentais, não exteriorizando caráter suficientemente preciso para poder ser utilizada como noção jurídica válida (SCHÄFER, 2013, p. 35)

Por isso que a própria doutrina acaba não admitindo a divisão em gerações, mas classificações condizentes com suas respectivas afinidades, pois considerar classificações de acordo com a historicidade de suas respectivas proteções pode trazer significativos desvios:

Mais importante de que o momento de reconhecimento é o conteúdo dos direitos. Os direitos fundamentais podem ser classificados de acordo com as respectivas afinidades, o que somente pode ser percebido a partir do estudo criterioso dos conteúdos dos diversos direitos. (SHAFER, 2013, p. 35).

Na hipótese de significativos desvios em uma proposta que classifica de acordo com a ordem histórica de proteção está, por exemplo, na conferência da cronologia ou historicidade de previsões que se pauta em não coincidir a ordem se tomar por base diferentes documentos, como Tratados e Convenções Internacionais. Isto ocorre, pois, do ponto de vista internacional, as primeiras proteções foram as dos direitos trabalhistas com a Convenção da OIT de 1919 e não com os direitos civis e políticos como pretendeu a proposta das gerações:

[...] A classificação tradicional, porém, tem sido objeto de recentes críticas, as quais apontam para a não-correspondência entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos. Mais além, verifica-se que a difundida noção tem acarretado

confusões conceituais acerca de suas características distintas dos direitos humanos (WEIS, p. 40, 1999).

Classificar e dividir direitos ontologicamente indivisíveis, tais como a própria dignidade da pessoa humana como um valor incindível e inter-relacionável com outros valores, sejam eles de outras categorias, contradizem diretamente a fragmentariedade dessas categorias:

[...] além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais já antes citados (Schäfer, 2005, p. 39).

A Conferência de Viena de 1993, atual referência nesse sentido, foi reiterada na admissão da inter-relacionariedade, indivisibilidade e interdependência de direitos dessa natureza, inclusive pacificando o repúdio às diminuições que justificavam com base nos discursos culturais, de modo que atualmente é bastante pacífico no sentido da indivisibilidade que contraria a classificação geracional:

O propósito da Conferência de Viena de 1993 foi o de revigorar a memória da Declaração Universal de 1948, trazendo novos princípios [...] interdependência (pois os direitos do discurso liberal não de ser sempre somados com direitos do discurso social da cidadania, além do que a democracia, desenvolvimento e direitos humanos são conceitos que reforçam mutuamente) e inter-relacionariedade (pelo qual os direitos humanos e os vários sistemas internacionais de proteção não devem ser entendidos de forma dicotômica, mas, ao contrário, devem interagir em prol de sua garantia efetiva). Como deixou claro a Declaração de Viena de 1993, além de os direitos humanos serem universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, as particularidades nacionais e regionais (assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos dos Estados) não podem servir de justificativa para a violação ou diminuição desses mesmos direitos. (MAZZUOLI, 2013, p. 910)

Porém, na qualidade de pressuposto para compreender a invocação assumida por Bobbio em detrimento a Karl Marx, faz-se necessário a compreensão da diferença de tempo entre esses autores, inclusive na própria

noção de direitos fundamentais dentro da contextualização do século XIX. Por isso a necessidade de abordar algumas significativas advertências com as propostas de Cristhian Courtis e de Victor Abramovich acerca da exigibilidade dos direitos sociais que ajudam a preencher uma importante lacuna no constitucionalismo latino e a dificuldade de reconhecimento da existência da exigibilidade das prestações decorrentes dos direitos sociais, invocando uma temática bastante trabalhada por esses autores como a exigibilidade judicial dos direitos que contribui para compreensão de que direitos civis e políticos, também os econômicos, sociais e culturais existem em níveis de obrigações do Estado que são comuns para as duas categorizações de direitos:

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevância práctica y no quedar como Buenos deseos contenidos solamente em el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, la cuales conllevan em no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer para las autoridades. Lo mismo sucede com los derechos sociales, que generan para la autoridade tanto obligaciones de abstención como obligaciones de realización, que requieren de atividades prestacionales em muchos casos (ABRAMOVICH E COURTIS, 2004, p. 20).

Assim, antes de adentrar à proposta de categorização dos direitos em fases diversas estanques e independentes entre si que pretendeu o pensamento de Vasak, vale a advertência de que estudos mais atuais não admitem que direitos fundamentais sejam fragmentários em sua estrutura, tal como na proposta de Victor Abramovich e Cristhian Courtis:

Em sinstesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como um complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar em ciertos âmbitos y de realizar uma serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomia individual e impedir su afeciín por otros particulares [...] Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias substanciales [...] Em suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como um complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque em este caso las obligaciones

positivas revistan uma importância simbólica mayor para identificarlos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 24-25).

Portanto, considerando a válida noção de direitos fundamentais do século XIX, tempo em que Marx escreveu seu manifesto, em detrimento do século XX. Porém, categorizar os direitos em dois grupos diversos (direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais, culturais e econômicos) implica em uma proposta desnecessária, conclusiva de incompatibilidade na própria estrutura desses direitos que são entre si relacionáveis.

Desse modo, a ideia tradicional de direitos prestacionais ou positivos em face aos direitos negativos que pregam uma incompatibilidade dos objetivos dominantes do Estado mínimo do século XIX, com os objetivos do Estado Democrático do século XXI, estejam ultrapassados, uma vez que para Christian Courtis e Victor Abramovich (2004, p. 20), os direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos possuem níveis de obrigações do Estado que são comuns para as duas categorias de direitos.

Existem, inclusive, propostas de sistemas que devem referir a esses conteúdos diretamente como direitos individuais, direitos sociais e direitos globais e não recorrer ao histórico positivista de previsão:

[...] A demonstrar também a necessidade pragmática de enterrar a metáfora das gerações, percebe-se o mau uso da expressão - e os equívocos a que conduz - por governos cuja política não consegue enxergar a indivisibilidade da dignidade humana. Assim, o Programa Nacional de Direitos Humanos do Governo Brasileiro, para justificar a não-inclusão dos direitos sociais em seu horizonte, destaca em sua introdução que: 'O fato de os direitos humanos em todas as suas três gerações - a dos direitos civis e políticos, a dos direitos sociais, econômicos e culturais e a dos direitos coletivos - serem indivisíveis não implica que, na definição de políticas específicas - dos direitos civis - o Governo deixe de contemplar de forma específica cada uma dessas outras dimensões (WEIS, p. 43, 1999).

Corresponde a reiterado reconhecimento no sentido de que classificação das gerações colide com características básicas e peculiares dos direitos fundamentais, dentre os quais, inter-relacionariedade, indivisibilidade e interdependência desses conteúdos:

[...] Como afirmava Jose Castan Tobñas no final da década de 60, a dimensão de direitos geracional dos direitos humanos

se dá como corolário do seu caráter histórico, aparecendo como categorias históricas que se conformam em contexto e situações sócio-políticas e econômicas determinadas, que produzem as sucessivas gerações [...] Tanto assim é que nenhum autor consegue se referir ao tema sem esclarecer o leitor sobre o significado de tais gerações, sendo forçado a então explicar sua relação com o processo histórico de formação dos direitos humanos. Ora, uma metáfora surge com propósito de facilitar a compreensão sobre um tema, pelo emprego de uma palavra ou expressão para abreviar um pensamento. Porém, ao se verificar que a figura empregada não prescinde da explicação quanto à origem dos direitos humanos, percebe-se com clareza sua inutilidade, pois não alcança o propósito que se destinava. (WEIS, p. 41, 1999).

Uma intrigante discussão é a proposta da doutrina de Carlos Weis na expressão direitos “globais”, substituindo a terminologia “terceira geração” ou “terceira dimensão” que é imprópria por se pautar na historicidade de previsões jurídicas:

No lugar das gerações, melhor seria falar em direitos humanos liberais ou direitos civis e políticos e em direitos econômicos, sociais e culturais. À chamada geração ainda não ocorreu a consolidação de uma designação mais precisa, daí por que se adota a denominação “direitos humanos globais”, uma vez que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda humanidade e do planeta em si considerado, englobando a manutenção da biodiversidade, o desenvolvimento sustentável, o controle da temperatura global e da integralidade da atmosfera, além dos consagrados direito à paz, à autodeterminação dos povos etc. (WEIS, p. 42, 1999)

Por isso, na perspectiva do conteúdo que aparece quando Bobbio retoma a universalidade repudiada por Marx, também há problemática e a proposta de solução apontada pela melhor doutrina consiste na proteção do ponto de vista principiológico dos conteúdos:

O entendimento principiológico implica na compreensão dos direitos fundamentais em sua totalidade, vale dizer, como conjunto interligado de proposições constitucionais, as quais se condicionam mutuamente, gerando interdependências incompatíveis com a visão fragmentada do fenômeno. A Corte Constitucional italiana, na conhecida *Setenza Baldassare*, reafirmou a importância dessa concepção principiológica na Constituição moderna, consignando

que os princípios constitucionais têm validade vinculante superior relativamente a outras normas constitucionais. (SCHÄFER, 2013, p. 77).

A categorização acaba reduzida em um ponto de vista crítico, não só das gerações, mas de toda e qualquer divisão, inclusive, a visão de direitos negativos e prestacionais, pois, de fato, tais direitos têm por essência serem indivisíveis, inter-relacionáveis e interdependentes:

A incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais, fenômeno denominado de reclusão da juspublicística por Jorge Miranda, porquanto são as normas constitucionais que vinculam toda a atividade estatal infraconstitucional, e não o contrário. (SCHÄFER, 2013, p. 79).

A proposta pela compreensão unitária de direitos fundamentais em substituição ao sistema geracional e estanque é a percepção que deve prevalecer, de modo a firmar que as categorias negativas e prestacionais não são presentes em somente um grupo de direitos, pois todos esses conteúdos possuem, em grau, tais peculiaridades, uns em maior outros em menor quantidade, bem como a classificação geracional que pretende agrupar direitos que são relacionados umbilicalmente, tornando descabida a separação:

Dessa forma, a compreensão unitária dos direitos fundamentais embasa-se nos seguintes postulados: Caráter incidível dos direitos fundamentais, decorrente da unidade de sentido constitucional; Inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferentes expectativas (positivas e negativas), em maior ou menor grau, em todos os direitos fundamentais; Interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, implicando comprometimento recíproco dos direitos no que se refere à efetivação; Caráter principiológico de todos os direitos fundamentais, implicando entendê-los como mandados de otimização, sendo que a medida exata do devido, em concreto, vai depender das possibilidades reais e jurídicas. Com isso, a chamada “reserva do possível” é



elemento que se integra externamente (plano da eficácia) a todos os direitos fundamentais, independentemente de suas características intrínsecas, uma vez não compor a estrutura formadora do direito fundamental; Inadequação de teorias classificatórias que tenham por embasamento teórico a compartimentalização estanque dos direitos fundamentais. (SCHÄFER, 2013, p. 81).

O autor Peces-Barba ressalta três dimensões no conceito de direitos fundamentais: ética, jurídica e social (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 109-112), sendo que a dimensão ética advém do fato de que, para o autor, os direitos fundamentais possuem raiz moral, sendo a base ou fundamentação dos direitos fundamentais, uma vez que justificam com os valores: dignidade, solidariedade, liberdade e outros.

A dimensão jurídica dos direitos fundamentais está atrelada com a função, ou seja, para que determinada prerrogativa serve, não fazendo sentido estudar a fundamentação de um direito se ele não estiver positivado ou se não der para encontrar sua raiz moral:

Os direitos fundamentais que se originam e se fundamentam na moralidade e que desembocam no Direito o fazem através do Estado [...] Sem o apoio do Estado, estes valores morais não se convertem em direito positivo, e por consequência, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça a finalidade moral (PECES-BARBA MARTINEZ, 2013, p. 105).

As pretensões morais são justificadas pelos valores e o ordenamento jurídico é construído por valores jurídicos correspondendo aos direitos fundamentais que não estão desvinculados dos valores morais que os justificam, sendo aquilo que Peces-Barba chamou de moralidade legalizada (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 105).

Há ainda a dimensão social dos direitos fundamentais, onde se leva em conta que a eficácia dos direitos fundamentais depende do meio social em que estão inseridos, de modo que a sociedade na qual determinados direitos fundamentais serão inseridos no ordenamento jurídico (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999).

Já a moralidade crítica ocorre quando a moralidade não se incorpora no direito positivo e o povo irá reclamar a mudança pelo Estado, destacando que o direito positivo que legaliza uma moralidade que não possui um fim em si mesma (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, p. 105).

Ocorre que ainda quando pautada na moralidade, somente a positivação não consegue satisfazer as necessidades de uma realidade cada vez mais complexa, gerando a deformidade na universalidade de direitos que acaba ficando adstrita aos conteúdos juridicamente protegidos.

Na perspectiva dos conteúdos, reduzindo indagações subjetivas de quem e para quem tais direitos foram efetivados com o discurso de que são teorizados universalmente, orientando a investigativa aos conteúdos, como retomou Bobbio ao repudiar a análise subjetiva de Marx, não há que se falar em uma reafirmação do pensamento proposto originariamente por Karel Vasak, pois sua proposta teórica de surgimento e conformação de direitos através das gerações considerou somente a historicidade de suas respectivas previsões.

Há que se considerar não somente o âmbito das formalizações e positivações históricas de direitos, mas outros fatores que também influenciam o surgimento de prerrogativas, dentre os quais, fontes antropológicas, históricas, sociológicas, tecnológicas, psicológicas (como, por exemplo, no caso do dano moral), dentre tantas outras influências a serem consideradas até previsão jurídica.

### **3 DAS CRISES DAS GERAÇÕES DE DIREITOS NA PERSPECTIVA DOS SUJEITOS NO PLANO DA EFETIVIDADE**

Aproximando de uma perspectiva voltada a real efetividade de prerrogativas juridicamente protegidas, afasta-se da universalidade reafirmada por Bobbio, haja vista que, em que pese que os direitos sejam abstratamente universais, tal generalidade de todos não consegue transcender ou superar o âmbito das respectivas positivações e formalizações jurídicas, importando de modo significativo a crítica de Marx que faz uma análise subjetiva de possíveis favorecidos no campo da materialidade desses direitos em “Sobre a Questão Judaica”:

[...] De nenhum modo se tratava do homem abstrato, universal! O homem de que falava a declaração era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados pela Declaração eram direitos do burguês, do homem (explicava Marx) egoísta, do homem separado dos outros homens e da comunidade, do homem enquanto “mônada isolada e fechada em si mesma” [...] A acusação feita por Marx à Declaração era a de ser inspirada numa concepção individualista da sociedade. A acusação era justíssima. (BOBBIO, 2004, p. 46).

De modo que o que Marx conclui e afirma no recorte divergente com Norberto Bobbio consiste, justamente, em uma análise subjetiva de um dos documentos mais importantes que está inserido na primeira dimensão ou geração de direitos:

A crítica oposta - segundo a qual a Declaração, em vez de ser demasiadamente abstrata, era tão concreta e historicamente determinada que, na verdade, não era defesa do homem em geral, que teria existido sem que o autor das Noites de São Petersburgo o soubesse, mas o burguês, que existia em carne e osso e lutava pela própria emancipação de classe contra a aristocracia, sem se preocupar muito com os direitos do que seria o chamado Quarto Estado - foi feita pelo jovem Marx no artigo “Sobre a questão Judaica”, suficientemente conhecido para que não seja preciso nos ocuparmos de novo dele, e repetida depois, ritualmente, por diversas gerações marxistas. (BOBBIO, 2004, p. 46).

Vale ressaltar que Norberto Bobbio retoma a universalidade e afasta os questionamentos subjetivos de Marx, porém o propósito reitera a intrigante divergência e desenvolve-a, estendendo a discussão subjetiva sobre quem e para quem tais direitos foram protegidos no decorrer do histórico de positivação, também para a segunda e terceira dimensão de direitos:

A acusação feita por Marx à Declaração era a de ser inspirada numa concepção individualista da sociedade. A acusação era justíssima. Mas é aceitável? Decerto, ponto de vista no qual se situa a Declaração para dar uma solução ao eterno problema das relações entre governantes e governados é o indivíduo, do indivíduo singular (BOBBIO, 2004, p. 46).

Não se pode perder de vista que a textualização de como deveria ser a vida digna, não afasta os excluídos dessa teorização no âmbito da realidade, de modo que a proteção só ocorreu para marcar a efetividade de alguns, a depender do contexto político que se beneficiaram no histórico de proteção.

Os conteúdos acabam sendo universais por teorizarem necessidades e possibilidades humanas, porém não sendo efetivos senão para aqueles que tiveram interesses em protegidos com a previsão em razão do contexto histórico e político que vivenciaram.

Assim, as proteções de conteúdos universais só foram alcançadas para serem efetivas para alguns e a proposta, na perspectiva subjetiva

feita por Marx, consiste em estender a revisão subjetiva para a segunda e terceira geração e dimensão.

### **3.1 Da perspectiva subjetiva para a primeira dimensão de direitos**

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi colocada sob a ótica de Karl Marx que conclui que o documento não referenciava o homem universal, mas o burguês, de modo que o que fez foi afastar da perspectiva do conteúdo nublado com uma universalidade que não vinga ou supera a esfera das previsões e textualizações, adentrando-se na esfera da efetividade real para realizar a respectiva análise subjetiva que fica prejudicada com a admissão teorizada da referência de todos enquanto humanos.

Porém, vale a desmistificação do valor liberdade atrelado à primeira geração, ou dimensão, dos direitos fundamentais, pois, no campo abstrato do dever ser de todos, na verdade foram protegidos para serem efetivados os interesses em um dado contexto histórico e político, no caso da burguesia, viabilizar as relações de troca:

Para transformar dinheiro e capital, o possuidor de dinheiro precisa encontrar, portanto, o trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre no duplo sentido de que ele dispõe, como pessoa livre, de sua força de trabalho como sua mercadoria, e que ele, por outro lado, não tem outras mercadorias para vender, solto e solteiro, livre de todas as coisas necessárias para realização da sua força de trabalho. (MARX, 1983, p. 140).

Como o intuito de transcrever a perspectiva subjetiva não é apenas do documento francês, mas de documentos da primeira geração ou dimensão em geral, vale a contradição da Declaração de Independência dos Estados Unidos que foi preparada por um comitê de cinco membros, presidido por Thomas Jefferson (1743-1826) que pertence à primeira fase de proteção de prerrogativas compreendidas como fundamentais, atreladas ao valor liberdade, referenciado no lema da liberdade, igualdade e fraternidade com as mesmas inspirações dos ideais iluministas, que defendiam a liberdade individual do cidadão e criticavam a tirania dos governantes (COUTRIM, 1999, p. 45), porém o próprio Thomas Jefferson carregava a contradição à liberdade no valor deste primeiro momento de proteção:

O direito à liberdade e à busca da felicidade que constava na Declaração de independência dos EUA não valia para todas as pessoas. A escravidão negra, por exemplo, foi plenamente mantida nos Estados Unidos até a Guerra da Secessão (1861-1865). Os autores da independência dos Estados Unidos não se preocuparam com mais de um milhão de negros que sofriam tortura, exploração e humilhação do trabalho escravo. Aliás, o próprio Thomas Jefferson foi um dos grandes proprietários de escravos de seu tempo, embora fosse, teoricamente, antiescravista e abolicionista [...]. (COUTRIN, 1999, p. 44).

Ainda no contexto histórico e político dos Estados Unidos nesta primeira fase de proteção de direitos fundamentais, vale ressaltar a ideia de proteger direitos abstratamente universais para materialidade de alguns em detrimento de todos, teorizando e restringindo a universalidade à esfera adstrita do conteúdo:

[...] Os índios americanos também não tiveram o mesmo direito à liberdade e à felicidade garantidas aos proprietários burgueses. Durante todo o período colonial e depois da independência, recebeu dos brancos o massacre de suas tribos, a destruição de sua cultura e a expulsão de suas terras. Até mesmo as mulheres americanas não desfrutavam os mesmos direitos civis reservados aos homens. Naquela época, a mulher era considerada um ser inferior e, por isso, permaneceu subordinada ao poder absoluto do homem. Quem, então, exercia plenamente os direitos de cidadão, assegurados na constituição americana de 1787? Em linhas gerais, a plena cidadania foi exercida pela poderosa burguesia industrial e comercial do Centro-Norte e pelos donos de fazenda do Sul [...]. (COUTRIN, 1999, p. 44).

Fica bastante claro que as gerações de direitos fundamentais possuem duas perspectivas de serem desenvolvidas e como a proposta começa pela perspectiva dos sujeitos, afastando-se da teorização dos conteúdos abstratamente universais, mas que na verdade, foram protegidos para efetivos para interesses e direitos de sujeitos e categorias

politicamente beneficiados em um dado contexto histórico em que conseguiram as previsões.

### **3.2 Da perspectiva subjetiva para a segunda dimensão de direitos**

Dentro da presente proposta está estender a análise subjetiva de Marx para a segunda e terceira geração de direitos e, no caso da segunda dimensão dos direitos sociais, fala-se no marco da Revolução Industrial, destacando o surgimento do proletariado, e na revisão subjetiva dos documentos mais relevantes:

No meio jurídico surge o que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social, a significar que os direitos humanos têm que cumprir uma função social, quando de seu exercício. Tais concepções inspiram os primeiros dispositivos de índole social, especialmente Constituições francesas (1848), mexicana (1917), alemã (1919) e, como, decorrência da Revolução Soviética, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918) (WEIS, 1999, p. 19).

Ocorre que o foco não está adstrito à mera previsão, pois seria a perspectiva do conteúdo, posteriormente analisada, enfatizando a análise da real efetividade como forma de revelar os favorecidos que tiveram as previsões efetivadas e para tal se atenta à mudança no modelo liberal de Estado de Direito para uma modelo que seja interventor e deliberativo na efetivação de prerrogativas previstas.

Desta maneira os direitos de primeira geração seriam aqueles decorrentes do jusnaturalismo racional, cujo pensamento influenciou as revoluções dos séculos XVII e XVIII, fazendo com que seu conteúdo privilegiasse as liberdades individuais, concebidas em função do ser humano abstrato, descontextualizado. De outro lado, à segunda geração corresponde outro momento histórico, o do florescimento dos movimentos de cunho dos movimentos de cunho social, preconizado a necessidade de intervenção do Estado como agente de transformação da realidade dos grandes grupos da sociedade, do que decorre a ênfase nos direitos coletivos, próprios de seres humanos concretos e situados. (WEIS, 1999, p. 41).

Assim, o marco fundamental no âmbito da efetividade foi a instauração do modelo social de Estado de Direito, interventor e deliberativo a favor das concessões sociais que não foram galgadas por

caridade burguesa, mas sim por crises no modelo liberal de Estado que assolaram as primeiras décadas do século XX.

### 3.3 Da perspectiva subjetiva para a terceira dimensão de direitos

Ocorre que o modelo interventor e deliberativo inicialmente instaurado para efetivar direitos de terceira dimensão acabou se encontrando com a recuperação da burguesia em determinados Estados, de modo que a burguesia pela primeira vez não mais teria uma estrutura abstencionista e ausente, mas se encontraria aliada à máquina estatal e é por isso que doutrinas especializadas aclamaram alguns regimes recuperados de ultradireita:

A personificação do Estado todo-poderoso [...] teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. A ideia da soberania estatal absoluta (com que se identificou o positivismo jurídico, inefutavelmente subserviente ao poder), que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. (Cançado Trindade, 2006, p. 13).

Esses regimes de ultradireita, também conhecidos como totalitários, utilizaram-se da experiência deliberativa do Estado para realizar sujeições violentas e historicamente perceptíveis em episódios como o Holocausto, sangrentas guerras, a destruição de patrimônios históricos da humanidade e, até, a inauguração de armas nucleares em outros países.

E foi por isso que o pós-guerra e a derrubada desses regimes de ultradireita implicaram a internacionalização de direitos humanos e na positivação e proteção de conteúdos da análise subjetiva da proposta não especificaram sujeitos ou categorias subjetivas, tais como, patrimônio da humanidade, recursos hídricos, ar, atmosféricos, enfim, direitos que no âmbito da efetividade e na perspectiva subjetiva não destinaram segmentos, de modo que não especificaram sujeitos ou categorias para protegerem, pois referenciavam subjetivamente todos, produzindo o que a doutrina dos direitos difusos e coletivos clamou de efeito *carona* (*free riding*) que é

bastante recorrente no estudo dos direitos difusos e coletivos, atenta-se pelo afastamento da especificação de sujeitos e sujeitados na previsão de conteúdos, por isso é que as ciências jurídicas tiveram que repensar “quem” iria atuar em juízo, haja vista tratar-se de direitos sem titulares determinados “[...] Primeiro, a representação em juízo de interesses supraindividuais é fundamental para a tutela de direitos cuja titularidade é indeterminada.” (GAJARDONI, 2012, p. 17).

Isto acaba por justificar a construção de um modelo de processo coletiva em que o sistema eleja representantes da coletividade para atuar em favor dos titulares indeterminados dos direitos ou interesses, neutralizando ou, ao menos, mitigando esta tendência natural à imobilização deles por conta de efeito carona da atuação alheia (*free riding*). Há, portanto, um impulso natural à imobilização dos agentes na defesa dos bens coletivos. (GAJARDONI, 2012, p. 17).

Para prevenir e afastar o *free riding* desses direitos, mantendo o proposto de analisar subjetivamente o campo da efetividade dos conteúdos abstratamente universais, o trabalho revela que, como forma de evitar a falta de efetividade na previsão de conteúdos com sujeitos indeterminados, o Estado teve que institucionalizar legitimados que efetivassem, defendessem e representassem tais proteções e a legitimação do Ministério Público e outros legitimados na ação civil pública é um exemplo manifesto desta mudança estatal.

Na perspectiva dos conteúdos de Bobbio, que é quem retoma a universalidade dos direitos de todas as gerações e não somente da terceira dimensão e, na ótica da subjetividade de Marx, que adentra na perspectiva da efetividade, vale a distinção de direitos que abstratamente e para qualquer geração são indeterminadamente de todos, mas que no plano da efetividade somente a terceira geração não conseguiria materializar, pois, por se tratar de direitos difusos não teria quem efetivar, defender ou representar e precisou do Estado para legitimar atuantes nesse sentido.

Não se pode tomar o equívoco de que os direitos fundamentais em todas as suas gerações ou dimensões são, na essência, direitos universais, mas no campo da efetividade não haveria segmento, classe, categoria subjetiva determinada para materializar conteúdos como patrimônio da humanidade, meio ambiente, paz, este último direito com restrições de alguns compreendem como direito de quinta dimensão (BONAVIDES, 2011). e outros, de modo que se exigiu esta legitimação por parte estatal e se atenta para a cautela de não confundir teorização indeterminada de todos



da universalidade verificável nos direitos de qualquer geração com o plano da efetividade que estaria comprometida com a proteção de conteúdos sem interessados específicos (por isso, a doutrina refere como globais para a terceira dimensão do ponto de vista da efetividade), buscando distinguir a ideia de universais não só da terceira, mas da segunda ou de qualquer geração de direitos enquanto na qualidade de direitos fundamentais.

Desse modo, encerra-se revendo no plano dos sujeitos a proposta de Marx que se restringiu a uma análise subjetiva voltada à primeira geração ou dimensão de direitos, de modo a estender esta análise subjetiva para as três primeiras gerações ou dimensões.

A proposta obteve duas significativas contribuições que se podem afirmar para a terceira dimensão na proteção de conteúdos que não referenciavam sujeitos determinados e, por isso, a resolução ao fenômeno *free riding* estudado pelos doutrinadores especializados na tutela de direitos coletivos e difusos; bem como a proposta de uma terceira terminologia após a evolução de nomenclaturas de “geração” para “dimensão de direitos”.

No caso da perspectiva da efetividade, a proposta esclarece que os direitos que, em tese, sempre referenciaram todos (enquanto pessoa humana), mas suspeitosamente foram protegidos somente em um determinado momento histórico e político em que galgaram proteção por razões estritamente voltadas à efetividade de determinados sujeitos ou categorias específicas no contexto da respectiva proteção, afastando da proteção jurídica de direitos a qualidade de único fator a ser considerado no processo do surgimento dos direitos fundamentais, sendo apenas um dos fatores a serem considerados.

A partir da perspectiva subjetiva é possível concluir que a positivação de direitos ou proteção jurídica teve seu significado redefinido como uma das influências, e não a única, no processo de surgimento e determinação dos direitos fundamentais, onde categorias de sujeitos por razões do êxito político do contexto em que estiveram inseridos historicamente pretenderam garantir a efetividade de seus direitos, positivando e protegendo juridicamente prerrogativas abstratamente universais.

A universalidade dos direitos fundamentais não transcendeu ou superou o âmbito das previsões jurídicas, de modo que somente foram positivados direitos abstratamente universais para serem efetivos para alguns que tiveram o respectivo êxito político no histórico de proteção, em detrimento dos demais; e, por isso, a ideia de (perspectiva dos sujeitos)

propor uma terceira nomenclatura para as fases de proteção: as “sujeições de direitos” (geração, dimensão e, por fim, sujeição de direitos).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho transcreve conclusivos retirados de uma significativa e pontual divergência assumida pelo próprio Norberto Bobbio na obra genuinamente intitulada *L'Era Dei Diritti* (A Era dos Direitos), onde o autor assume a celeuma em detrimento ao trabalho intitulado *Zur Judenfrage* (Sobre a Questão Judaica) de autoria de Karl Marx.

O conclusivo consiste em admitir perspectivas distintas em que o pensamento geracional pode oscilar aproximando-o da efetividade real dos direitos, quando analisados subjetivamente, o campo dos reais efetivados no histórico de proteção (perspectiva de Marx que analisou subjetivamente um dos mais relevantes documentos inseridos na primeira dimensão), e outra perspectiva diversa que se aproxima da vertente de Norberto Bobbio que focaliza o conteúdo das previsões jurídicas, quando admite a universalidade, ainda que abstrata, afastando questionamentos sobre sujeitos eujeitados nas considerações abstratas de todos (perspectiva da universalidade de Norberto Bobbio).

Ocorre que, ambas as perspectivas surgem da necessidade de redefinir, reapreciar ou (re)significar o critério formal positivista sobre o qual foi construído o pensamento geracional que propôs uma cronologia de positivação de direitos com o respectivo processo de surgimento e determinação, mas que acaba estando em descompasso com a verificação da cronologia de positivação ocorrida em formas diversas de proteção, tal como nos Tratados e Convenções Internacionais que começaram seu âmbito de positivação, não com os direitos civis e políticos, mas sim com os direitos sociais e econômicos verificáveis com a Convenção da OIT de 1919.

A consagração de uma crise no pensamento das gerações ou dimensões de direitos que declinou e depreciou o pensamento de Karel Vasak, levantando questionamentos, também, acerca da hipótese de declínio ou continuidade do respectivo critério formal do momento em que direitos foram positivados, levou ao conclusivo de que não houve ab-rogação de tal critério, inclusive manteve-se, porém não com o mesmo valor pretendido e proposto no pensamento de Vasak, mas reduzido a um dos fatores a serem considerados de modo concomitante com outros das

mais diversas naturezas, dentre as quais, sociológica, histórica, sociológica, tecnológicas e tantas outras.

Não se pode perder de vista que a ideia do pós-positivismo também contribuiu para desconsiderar o pensamento geracional, posto que a ênfase ao aspecto de princípios de direitos atinentes à pessoa humana leva ao postulado deste movimento correspondente a ponderação de interesses, contribuindo para uma aplicação imediata e sendo tratada como um sistema unitário, onde será desconsiderada por completo a ideia de fases autônomas e estanques de direitos, tal como pretendeu a ideia de gerações ou dimensões.

Ocorre que, neste contexto de crise no pensamento geracional, surge a necessidade de analisar o real significado do critério positivista formal, que insere os direitos no ordenamento jurídico, uma vez não ter sido ab-rogado após a crise, sendo neste sentido que foi relevada a pontual divergência reconhecida no trabalho intitulado “A Era dos Direitos” de autoria de Norberto Bobbio, onde o próprio autor importa recortes de Karl Marx, opondo-se ao filósofo alemão que irá afirmar que um dos principais documentos inseridos na primeira geração ou dimensão de direitos não referenciou o homem universal, mas sim o burguês.

Assim, vislumbra-se a crise nas dimensões e gerações de direitos a partir de duas perspectivas: uma primeira que se aprofunda nos conteúdos ou direitos positivados, que reafirma a universalidade de todos, afastando, assim, discussões acerca de grupos ou sujeitos específicos; e, por fim, uma segunda perspectiva que tem como ponto inicial a análise subjetiva de Marx, reconhecendo que a universalidade é meramente abstrata e não consegue galgar ou transcender o âmbito das previsões jurídicas, concentrando-se na real efetividade que, quando o campo da análise concentra na real materialidade, conclui-se que não é universal, havendo um favorecimento que beneficia categorias específicas de sujeitos, no caso da alusão de Marx divergida por Bobbio, o favorecimento da categoria que logrou êxito com a Revolução Francesa de 1789.

A celeuma assumida por Bobbio importou dizeres de Marx que levam a uma significativa advertência no respeito da diferença contextual, política e histórica do tempo em que Karl Marx as proferiu, inclusive para efeito da diferença nas ideias de direitos relativos à pessoa humana contextualizada no século XIX, por isso a necessidade de autores como Gregório Peces-Barba Martinez, ou ainda a abordagem de Victor Abramovich e Crithian Curtis, estes últimos com significativas

contribuições na compreensão de um constitucionalismo latino e, no que toca a dificuldade de reconhecimento da existência de exigibilidade das prestações decorrentes dos direitos sociais, antes mesmo de desenvolver o propósito da presente investigação que previne os leitores com alusão de uma significativa diferença dos momentos entre Marx e Bobbio, quando mencionam a divergência.

Após este cuidado, o trabalho prosseguiu no intento de responder o real significado do momento da positivação formal de prerrogativas no processo do respectivo surgimento e, para esse fim, buscou estender a análise subjetiva de Marx para as outras duas dimensões de direitos, em suma, a segunda e terceira dimensão.

Com o propósito de ampliar a análise subjetiva que indaga beneficiados e favorecidos para a segunda e terceira dimensão de direitos, questionando quem vislumbrou seus direitos efetivados com advento da respectiva proteção, vale destacar a necessidade de um modelo deliberativo e interventor para efetivar os direitos para a categoria sujeitada por razões das crises liberais que assolaram as primeiras décadas do século XX e, por fim, a terceira dimensão de direitos que respondeu às crises humanitárias das guerras, do holocausto e o uso das bombas atômicas que mudaram a política de positivação de prerrogativas, atentando-se a valores como paz, patrimônio da humanidade, meio ambiente, em suma, bens que não referenciavam sujeitos determinados, gerando uma precisa situação de ausência de efetividade justamente em razão da indeterminação de sujeitos com novas formas de positivação jurídica, trata-se do fenômeno que ficou conhecido como *Free rinding*.

A terceira dimensão de direitos teve como escopo prevenir o *free rinding*, caracterizado pela necessidade estatal de legitimar e institucionalizar sujeitos que efetivassem conteúdos difusos e que não referenciam titulares e segmentos específicos e, conseqüentemente, acabavam não tendo quem os defendesse, efetivasse ou, ao menos, representasse tais prerrogativas em juízo; exigindo, portanto, do Estado uma institucionalização de legitimados que, de fato, efetivem, defendam e representem tais conteúdos, relevando a legitimidade tradicional do Ministério Público como instituição atuante nesses casos pelo viés das denominadas ações civis, fator imprescindível na análise subjetiva para real efetividade dos conteúdos positivados nesse período.

Vale ressaltar que a análise subjetiva de que os direitos fundamentais, não só na terceira dimensão ou geração, mas em qualquer

fase de proteção, são teorizados como universais por referenciarem a todos de natureza humana, de modo que o que se analisa subjetivamente é a efetividade de tais direitos, concluindo que direitos abstratamente universais só foram protegidos em dados momentos histórico e políticos, para serem efetivados apenas para determinada categoria de sujeitos, tratando-se dos sujeitos favorecidos no respectivo contexto histórico político que galgaram sua proteção, eis a importância de se retomar a análise subjetiva de Marx que foi abandonada quando Bobbio reafirmou a universalidade afastando questionamentos de ordem subjetiva.

O trabalho conclui que o critério formal do momento de positivizar prerrogativas não entrou em declínio com a crise das gerações de direitos, mas foi reduzido no processo de surgimento e determinação dos direitos fundamentais, uma vez que se tornou tão somente um dos vários fatores a serem analisados juntamente a outros de natureza diversa, em resumo, direitos não nascem somente no momento em que são inseridos ou positivados em um determinado ordenamento jurídico, mas de diversos fatores a serem analisados junto com este, inclusive influências das mais diferenciadas ordens, dentre as quais, antropológica, histórica, sociológica, filosófica e outras.

Portanto, a positivação e inserção formal de direitos em um dado ordenamento jurídico consistem, na verdade, não em “gerações” ou “dimensões” de direitos que tornaram exclusivos e absolutos o critério da proteção jurídica, mas sim em um dos fatores que traduzem o exato momento em que uma categoria de sujeitos obtém o êxito político e histórico em detrimento dos demais, não se tratando de uma “geração” ou “dimensão” de direitos, mas sim de uma “sujeição” de direitos no campo da real efetividade.

No âmbito da efetividade e na perspectiva da subjetividade, a doutrina declina para a teoria da reserva do possível, porém, como o presente trabalho percebe que as proteções só ocorreram no decorrer da respectiva historicidade, em razão da efetividade de certas categorias em detrimento de todos, admitindo excluídos da materialidade de conteúdos abstratamente universais que não transcenderam ou superaram o âmbito das previsões, de modo a afirmar a presente proposta de uma terceira terminologia que retira as nomenclaturas que evoluíram de “geração” para “dimensão” de direitos da perspectiva do conteúdo, para uma última terminologia no âmbito dos fatos, intitulada “sujeições de direitos”.

Portanto, a perspectiva de Bobbio de retomar a universalidade e afastar discussões de favorecidos e beneficiários dos conteúdos, para descobrir uma segunda problemática, onde a divisão de diferentes gerações e dimensões conflita com peculiaridades básicas dos direitos fundamentais, exigindo a proposta de resolução teórica formulada pelos autores, dentre os quais, Cançado Trindade, Carlos Weis e Jairo Schäfer, ou seja, vislumbrar a proteção desses direitos na perspectiva principiológica, admitindo a ponderação de interesses no propósito de efetivar valores constitucionalmente previstos, observando aspectos da imediatidade e da unicidade.

Porém, na perspectiva de Marx, que prioriza a real efetividade, conclui-se que a universalidade não supera o âmbito das positivizações, ficando reduzida a mera abstração, de modo que direitos abstratamente universais são protegidos para serem efetivos somente para categorias de sujeitos que obtiveram êxito político que resultaram na respectiva proteção.

Portanto, a partir da divergência entre Marx e Bobbio, viabiliza-se a resposta por uma positivação de direitos que supere as propostas de “gerações” e de “dimensões”, que priorizavam a positivação formal de prerrogativas como única fonte, e fator determinante, de seu surgimento, de modo que direitos nascem e são determinados a partir de inúmeros fatores, dentre os quais, a proteção jurídica (critério do pensamento de Vasak), que deve estar reduzida nessa verificação à qualidade de um momento de êxito político de uma determinada categoria sobre a outra, em um dado momento histórico, conferido no campo da realidade efetiva dessa proteção, reiterando tal análise no conjunto com outros fatores e influências, admitindo o surgimento de direitos como o resultado de um processo multifatorial.

A redefinição, (re)significação e reapreciação do critério positivista formal, que pregou a exclusividade do surgimento de direitos a partir da sua inserção positivista em um dado ordenamento jurídico, passa a ser verificada sem o crivo da exclusividade, sendo analisada conjuntamente com os demais fatores, levando a proposta do presente trabalho para uma terceira terminologia que não terá mais o elemento da exclusividade, mas uma proteção de direitos com outro significado, ou seja, dentro de uma perspectiva que vislumbre o momento de positivação de direitos que não conseguem superar o âmbito das proteções, mas sim vislumbre uma materialidade excludente que se revela sendo efetiva apenas para alguns sujeitando todo o conjunto e, por isso, a proposta

por uma terceira terminologia depois da evolução de nomenclaturas de “gerações” e “dimensões” de direitos, trata-se da proposta do termo “sujeições” de direitos.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. Malheiros Editora, São Paulo, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília: 17 de novembro de 1995, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 01/09/2015. p. 39206
- CANÇADO T, A. A. **A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, n. 182, p. 27-54, jul/dez. 1993.
- \_\_\_\_\_. **A humanização do direito internacional**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- COURTIS, C; ABRAMOVICH, V. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.
- COUtrin, G. **História & reflexão: consolidação do capitalismo e Brasil Império**. 8. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1999. vol. 3.
- FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.
- \_\_\_\_\_. Para uma possível teoria da história dos direitos humanos. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan. /jun. 2011. p. 273-291.
- GAJARDONI, F. F. **Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HONESKO, R, S. Discussão histórico-jurídica sobre as gerações de Direitos Fundamentais: a paz como direito fundamental de quinta geração. In: FACHIN, Z. (Org.) **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008, p. 195-197.

INGLATERRA. **Magna Carta**. 1215. Disponível em: <<http://www.constitution-du-royaume-uni.org/resources/Magna%20Carta%201215.pdf>> Acesso em: 27 de out. 2015.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARX, K. **O capital**. Tradução de Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

\_\_\_\_\_. **A questão judaica**. 2. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

MAZZUOLLI, V, O. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

PECE-BARBA MARTINEZ, G. **Curso de derechos fundamentales: teoria general**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

SARLET, I, W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHÄFER, J. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEIS, C. **Direitos Humanos Contemporâneo** 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2010

\_\_\_\_\_. **Direito Humanos Contemporâneos**. 1. ed. São Paulo Malheiros, 1999.



# A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A RELEVÂNCIA DA POLÍCIA PARA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS\*

## *MEDIATION EXTRAJUDICIAL AND RELEVANCE OF POLICE FOR RESOLUTION OF CONFLICTS*

Anderson de Paiva Gabriel\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Mediação e a Conciliação. 2 Mediação no Novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação. 3 Mediação pela Polícia. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar a mediação e a conciliação, enquanto métodos históricos de resolução consensual de conflitos, bem como realçar a dimensão que alcançam em nosso ordenamento jurídico com o advento do Novo Código de Processo Civil e a Lei 13.140/15, dando azo a novas possibilidades, como a mediação dos conflitos pela polícia. Assim, com lastro em uma metodologia jurídico-descritiva e fazendo uso do raciocínio jurídico-dedutivo, buscamos delinear a importância da mediação na esfera extrajudicial como forma de maximizar a pacificação social, contribuindo para a superação da crise do Judiciário ao minimizar o número de processos judiciais. Destacar-se-á o papel de outras instituições, em especial a polícia, que por sua proximidade com a população e relevância social, poderá ampliar a resolução consensual dos conflitos, sanando-os próximo ao seu nascedouro. Como a possibilidade aqui sustentada ganhou contornos mais efetivos com o advento do Novo Código de Processo Civil e da Lei 13.140/15, que albergam expressamente a mediação extrajudicial e regulamentam seu emprego, tornar-se-á necessário um minucioso exame dos dispositivos relacionados, de maneira a demonstrar a viabilidade da proposição aqui apresentada, o que será feito sob as premissas da moderna ciência processual e do direito comparado. Por fim, foram investigados projetos pioneiros implementados e que vêm alcançando grande êxito, robustecendo a investigação realizada e evidenciando a necessidade dos entes estatais fomentarem a resolução consensual dos conflitos antes de sua judicialização, o que perpassa uma mudança paradigmática e colabora para efetivação do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito. Processo. Mediação e Conciliação. Novo Código de Processo Civil. Lei de Mediação. Mediação extrajudicial. Polícia. Crise do Judiciário.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to analyze the mediation and conciliation, as historical methods of consensual resolution of conflicts and bring out the size that reach in our legal system with the advent of the new Civil Procedure Code and the Law 13.140/15, giving rise the new possibilities, such as mediation of conflicts by the police. Thus, based on a legal-descriptive methodology and using legal-deductive reasoning, we seek to delineate the importance of mediation in the extrajudicial sphere as a way to maximize social pacification, contributing to overcoming the Judiciary crisis by minimizing the number of processes Judicial proceedings. Highlighting the*

---

\* O presente artigo é uma reanálise sobre a publicação anteriormente apresentada à Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, v. 1, n. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

\*\* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011).

*role of other institutions, especially the police, which in proximity to the population and social relevance, may expand the consensual resolution of conflicts, solving them close to their birthplace. The possibility here sustained gained more effective contours with the advent of the new Civil Procedure Code and Law 13.140/15, which expressly home to the extra-judicial mediation and regulate its use, it will become necessary scrutiny of related devices, way to demonstrate the feasibility of the proposal presented here, which will be made under the assumptions of modern procedural science and comparative law. Finally, we investigated implemented pioneering projects and have achieved great success, steeling research carried out and highlighting the need for state entities encourage consensual resolution of conflicts before its legalization, which runs through a paradigm shift and contributes to realization of the Democratic State right.*

**Keywords:** *Law. Procedure. Mediation and Conciliation. New Civil Procedure Code. Mediation Law. Extrajudicial mediation. Police. Judicial crisis.*

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico, a concentração da população nas grandes cidades e a progressiva complexidade da interação entre os indivíduos vem acarretando uma dinamização social impressionante. Assim, as relações jurídicas passaram a se constituir e se modificar numa velocidade em que os procedimentos estatais simplesmente não conseguiram acompanhar, ao mesmo tempo em que se verificava que a vida contemporânea demandava do Estado, uma urgência ainda maior na tutela dos direitos, em evidente descompasso com o formato milenar e demorado do processo.

Outra não foi a razão do poder constituinte reformador ter acrescentado ao rol dos direitos e garantias fundamentais insculpido no art. 5º de nossa Carta Magna, através da EC nº 45/2004, o inciso LXXVIII: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

Destaque-se que a jurisdição sempre foi vista como o principal mecanismo estatal de resolução de conflitos, e dentro desse cenário de litígios em massa, desembocamos no atual cenário de crise enfrentado pelo Poder Judiciário, em que o elevado número de processos comprometeu a duração dos mesmos, retardando o julgamento final. A prestação jurisdicional tardia nada mais é do que uma injustiça travestida de justiça. Assim, a celeridade encontra-se intrinsecamente ligada à efetividade, e não é outra a razão pela qual a flagrante morosidade na prestação da justiça vem sendo criticada diuturnamente pela sociedade e pelos meios de comunicação.

Registre-se, no entanto, que a preocupação com a duração do processo sequer é novidade em nosso direito, angustiando há muito a

Pátria, como se depreende do discurso de Rui Barbosa<sup>1</sup> aos formandos em Direito da longínqua turma de 1920 da Universidade de São Paulo, em que o tema foi abordado, assentando-se que a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.

Por outro lado, não se pode ignorar que o processo, para seu legítimo desenvolvimento, deve atender a uma série de garantias, dentre as quais se destaca o contraditório (hoje sob a vertente participativa), tanto no processo civil quanto no penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), e atender a tais exigências é uma necessidade do Estado Democrático de Direito, além de ser a única forma de se obter um processo justo.

Observa-se, assim, que a celeridade por si só não atende ao ideal de justiça. Corroborando tal entendimento, a comunidade acadêmica já assentou que a duração razoável do processo não se confunde com a idéia de processo rápido ou célere, sendo inerente ao processo o transcurso de certo tempo como forma de possibilitar o exercício do contraditório e uma adequada instrução processual, exigências constitucionais do Estado Democrático de Direito. O que não se admite é a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa, o que enseja o conceito de “tempo justo”<sup>2</sup>.

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, teceu observações sobre o problema<sup>3</sup>, apontando que *“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço.”*

Indiscutível, portanto, que a jurisdição hoje já não atende de forma adequada à demanda social de pacificação e resolução das controvérsias, além de não ter sido capaz, apesar de todos os esforços envidados, de

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos Moços, edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP, p. 29.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p.678/679. .

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da Justiça: alguns mitos”, in Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, p. 6-15.

acompanhar sozinha o frenético e acelerado ritmo das transformações culturais e sociais que se deram desde o fim do milênio passado<sup>4</sup>.

Assim, o Judiciário brasileiro é inserido num contexto de exigência de produtividade numérica e de rapidez procedimental máxima. A doutrina passa então a se esforçar para diagnosticar a crônica e excessiva duração dos processos em nossos tribunais, o que acarretou um esforço no âmbito processual para a implementação de mecanismos aceleratórios positivados como meios para abreviação das demandas, de forma a dessacralizar o acesso à justiça, redimensionando-o em busca da adequação.

Nesse cenário, emergiram os meios alternativos de resolução de conflitos, como verdadeira panacéia para o Judiciário, ao possibilitar a efetiva pacificação e diminuir o número de litígios a se arrastar em juízo. O fenômeno, contudo, não é privilégio tupiniquim. Pelo contrário.

Na obra do processualista italiano Mauro Cappelletti, que se dedicou a estudar o acesso à Justiça, observa-se a inserção dos referidos meios em uma vertente própria da chamada “Terceira Onda Renovatória” do direito processual. No Direito norte-americano, por sua vez, doutrinadores como Lon Fuller<sup>5</sup>, Roger Fischer<sup>6</sup> e Katherine Stone<sup>7</sup> reverberaram as lições de Cappelletti.

Houve um crescimento frenético nos sistemas de *commom law* a partir da década de 60, como nos casos de Canadá, Inglaterra e Estados Unidos. No sistema europeu, a política de enaltecimento da solução consensual de conflitos ganhou destaque na *European Judicial Area*, sendo estimulada a partir da edição da Diretiva 52 do Parlamento Europeu, de 21 de maio de 2008. A recomendação fundamental, lançada em 1998 (98/257/

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, merece destaque a minuciosa análise feita por Ada Pellegrini Grinover: “Todavia, é preciso reconhecer o grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*, 2ª edição, São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 177).

<sup>5</sup> FULLER, Lon. *Mediation: its forms and functions*, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971; *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

<sup>6</sup> FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

<sup>7</sup> STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*, New York: Foudation Press, 2000.

CE) e em 2001 (2001/310/CE), compelia cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar normas legais que favorecessem mecanismos de solução amigável dos conflitos. Desde então, diversas alterações significativas se sucederam nos ordenamentos nacionais de inúmeros países-membros.

A despeito das diferentes fases de desenvolvimento da mediação, fato é que tanto nos países que adotam o sistema *common law* quanto naqueles em que se adota *law*, as preocupações confluem a um mesmo ponto: a aplicação da mediação como corolário do acesso a justiça, isto é, como forma de enfrentar os problemas que a administração pública, em especial os Tribunais, vem enfrentando. É o que passaremos a analisar, com lastro em uma metodologia jurídico-descritiva e à luz do raciocínio jurídico-dedutivo.

No Brasil a mediação passou a ser objeto da legislação a partir de 1998, mas apenas com a edição da Resolução nº 125, em novembro de 2010, pelo Conselho Nacional de Justiça, é que a conciliação e mediação judiciais foram regulamentadas. Em 2015, encontramos o ápice desse processo, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil e com o advento da Lei nº 13.140/15, denominada “Lei da Mediação”, em cujo bojo se encontram diversas disposições abordando o instituto em tela e incentivando seu uso.

E é nesse cenário que se desenvolve a pesquisa aqui apresentada. Inobstante os esforços enveredados para implementação na esfera judicial, verifica-se a relevância do fomento da mediação extrajudicial, como medida apta a contribuir para a superação da crise do Judiciário ao minimizar o número de processos judiciais, permitindo uma prestação jurisdicional mais adequada nas contendas que não comportarem resolução consensual.

A pacificação social, portanto, demanda a sinergia de outras instituições, contexto no qual se sobressai a polícia, que por sua capilaridade e atuação permanente, é a que se mostra mais próxima do cidadão, sendo acionada para todo e qualquer tipo de conflito, e que uma vez capacitada para a mediação, poderá maximizar a resolução consensual dos conflitos, sanando-os logo que surjam.

Nesse sentido, iniciativas pioneiras, que analisaremos mais a frente, já estão sendo implementadas em São Paulo e Minas Gerais, alcançando resultados expressivos. É cediço que a dilação temporal desnecessária, bem como a judicialização precoce, podem contribuir para a expansão e potencialização dos conflitos, razão pela qual as demais instituições devem

atuar tão logo surja uma desavença, realizando a mediação/ conciliação dos envolvidos e relegando o papel de *ultima ratio* ao Judiciário.

## 1 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Posto isso, cabe analisarmos as referidas figuras e sua evolução histórica.

A mediação tem suas raízes nas primeiras sociedades e constituiu uma das primeiras formas de compor de maneira efetiva os conflitos que surgiam, ou seja, a mediação já era empregada muito antes do surgimento do Estado como ente organizado e monopolizador da força, remontando, portanto, pelo menos 3000 a.C, e tendo sido utilizada na Grécia, Babilônia, Assíria e Egito<sup>8</sup>.

Incontestavelmente, o uso da mediação é verificado em quase todas as culturas, sendo reconhecida como forma eficaz e preponderante na resolução de embates.

Esclareça-se que um conflito pode ser solucionado pela via estatal, isto é, pela jurisdição, ou, ainda, por vias denominadas alternativas<sup>9</sup>, que por sua vez se subdividem na puras e híbridas<sup>10</sup>, dependendo da existência ou não de interferência jurisdicional. Entre as possíveis vias alternativas puras, temos a arbitragem, a negociação (os envolvidos no litígio, diretamente e sem a interveniência de uma terceira pessoa, alcançam uma solução consensual) e a mediação/conciliação (aqui, existe a figura de um terceiro, que atua junto aos envolvidos de forma a facilitar o consenso entre eles e encerrar a disputa).

---

<sup>8</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24.

<sup>9</sup> Tais vias alternativas são hoje largamente difundidas em diversos países, recebendo nomenclatura variada. No Brasil, há quem as denomine de MASC (Meios Alternativos de Solução de Conflitos). Por sua vez, nos Estados Unidos foram batizados de mecanismos de ADR (“Alternative Dispute Resolution”). Na Argentina são identificados com meios de R.A.C. (Resolución Alternativa de Conflictos).

<sup>10</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, capítulo 25, pág. 812 .

Nos Estados Unidos<sup>11</sup> encontramos apenas a figura da mediação, não havendo referência à conciliação<sup>12</sup>. Assim, fala-se em mediação facilitadora, também chamada de passiva (postura mais inerte, em que se busca melhorar a comunicação e entendimento entre as partes para que elas então formulem suas propostas), e avaliadora, também chamada de ativa (postura mais operante, na qual são dadas opiniões e sugeridas propostas de acordo), que se assemelha à conciliação do direito brasileiro<sup>13</sup>.

Nesse sentido, Punzi<sup>14</sup>, seguindo uma antiga corrente doutrinária, propôs uma distinção que é útil por se basear num dado objetivo e tangível. Com base na origem etimológica da palavra “conciliação”, que deriva da expressão latina *consilium*, identifica-se o conciliador como aquele que dá um “conselho” às partes, isto é, apresenta-lhes uma proposta de solução. Assim, o que separaria o mediador do conciliador seria justamente esse aconselhamento, dado que o autêntico mediador se encarregaria unicamente de tentar aproximar os envolvidos no conflito de forma técnica, isto é, conscientizando-lhes sobre a sua verdadeira posição e oportunidades, ensejando, assim, que estas, por si mesmas, chegassem a um acordo.

Trata-se, portanto, de verdadeiro agente facilitador, que procura eliminar as divergências sem, entretanto, em hipótese alguma, apresentar o seu ponto de vista ou apontar as suas soluções. Não lhe cabe fazer propostas ou contrapropostas, sendo um expectador/facilitador.

Já a conciliação ocorre quando o mediador adota uma postura mais ativa, abrangendo a interação com as partes, de forma a apresentar possibilidades e caminhos que não haviam sido pensados por estas, chegando a fazer proposições e a tentar influenciá-las a atingir um consenso que permita a composição do litígio.

---

<sup>11</sup> É bem verdade que encontramos, vez por outra, referência ao termo “conciliation”, embora, tecnicamente, a expressão utilizada seja, na sua maioria, “mediation”. Para consulta, sugerimos as seguintes obras: FREEMANN, Michael. *Alternative dispute resolution*. New York: University Press, 1984; GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, New York: Aspen Publishers, Inc, 1999; STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*, New York: Foundation Press, 2000; SWINGLE, P., *The structure of Conflict*, New York: Academic Press, 1970.

<sup>12</sup> SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

<sup>13</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, capítulo 25, pág. 813.

<sup>14</sup> PUNZI, Carmine, *Mediazione e conciliazione*, Rivista di diritto processuale, vol. 64, n. 4, 2009, pp. 848 y ss.

Ainda que, dogmaticamente, se possa distinguir a conciliação da mediação<sup>15</sup>, verifica-se que, na prática, a fronteira entre ambas pode ser fluida, razão pela qual vamos nos referir preponderantemente à mediação, como gênero daqui para frente.

No tocante às vias alternativas híbridas, cabe esclarecer que estas são aquelas em que, em algum ponto, há a participação do Estado-Juiz, ainda que para fins de mera homologação. Podemos citar a conciliação<sup>16</sup> obtida em audiência ou no curso de processo já instaurado, a transação penal<sup>17</sup>, a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>18</sup> e o termo de ajustamento de conduta<sup>19</sup> efetivado no decorrer de uma ação civil pública.

A mediação se caracteriza, portanto, pela intervenção de um terceiro que se interpõe entre os dois protagonistas de um conflito, e busca passar os dois protagonistas da adversidade à conversação, levando-os a um diálogo que possibilite a mútua compreensão e, se possível, construção conjunta de um compromisso que abra caminho à reconciliação. Patente, portanto a natureza transdisciplinar da mediação, já que abarca inúmeras áreas do conhecimento. Nesse sentido, há que se citar a Filosofia, a Psicologia, a Comunicação, a Sociologia, o Direito, dentre outros...

A partir da década de 1970, a mediação começa a ser utilizada nos conflitos relativos a questões empresariais, de família e de meio ambiente (historicamente era utilizada apenas para a solução de conflitos relacionados a questões trabalhistas e ético-religiosas). Tais aplicações sofrem, ainda, certa resistência, por existir temor em relação a um possível desvirtuamento da atividade de solucionar conflitos. A busca pela pacificação social e pelo

---

<sup>15</sup> O NCPC (Lei 13.105/15) traz na Seção V, mais especificamente nos § 2º e 3º, uma distinção legal das atividades:

Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

...

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

<sup>16</sup> Cf. artigos 125, inciso IV, 331 e 448, entre outros, do Código de Processo Civil.

<sup>17</sup> Cf. artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

<sup>18</sup> Cf. artigos 148, inciso II, 180, inciso II e 201, inciso I, todos da Lei nº 8.069/90. .

<sup>19</sup> Cf. artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85 e artigo 211 da Lei nº 8.069/90.



bem comum, não deve sucumbir a interesses individualistas e egoísticos das partes envolvidas, e, em especial, do vencedor.

Nessa linha, Humberto Dalla<sup>20</sup> registra o pensamento do Owen Fiss<sup>21</sup>, “Sterling Professor” da Yale University, bem como de Vittorio Denti<sup>22</sup>, que manifestam preocupação com o fenômeno da justiça coexistencial e a possível privatização<sup>23</sup> dos conflitos.

A utilização da mediação para resolução de conflitos é especialmente interessante no caso de relações continuadas, questões familiares, condomínios, vizinhos, colegas de trabalho, infância e juventude e relações em que haja afeto entre as partes, pois permite a preservação do vínculo ao tratar o conflito como parte do histórico das partes e não como um fenômeno isolado, ampliando o auto-conhecimento de todos e envolvendo-os na solução do litígio.

Assim, a mediação pode proporcionar a resolução de um conflito de uma maneira alternativa, por vezes mais rápida e mais barata, através de um procedimento simples (se comparado com os que se submetem à jurisdição), ao possibilitar que as partes analisem suas perspectivas através de um panorama mais amplo de possibilidades e não precisem levar em conta somente o que a legislação determina. Isto é, a mediação confere maior autonomia para as partes envolvidas alcançarem um consenso capaz de pacificar o conflito, destacando-se ainda a confidencialidade que

---

<sup>20</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, capítulo 25, pág. 815.

<sup>21</sup> FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984. Por oportuno, há que se destacar que o autor assim manifesta sua descrença na solução alternativa dos conflitos: “I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated, instead, as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised”. (p. 1075).

<sup>22</sup> DENTI, Vittorio. *I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative*, in *Rivista di Diritto Procesuale*, 1980, pp. 410 e ss.

<sup>23</sup>

abrange o procedimento e a maior efetividade do acordo obtido através da mediação, por ter sido construído em conjunto e não imposto.

## **2 A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI 13.140/15**

Em março de 2015, após trabalho da Comissão presidida pelo Ministro do STF Luiz Fux<sup>24</sup>, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), sendo que o douto ministro, proferindo palestra aos magistrados do Estado do Rio de Janeiro<sup>25</sup>, salientou que o NCPC manteve os mesmos alicerces do movimento de reforma iniciado na década de noventa, em busca da concretização do acesso à justiça, especificamente, da terceira onda renovatória preconizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Acolheu, portanto, o interesse de pacificação preconizado pela política nacional para o tratamento adequado dos conflitos, de forma a albergar a mediação e a conciliação.

Basta manusear o referido Diploma para percebermos a relevância do tema, posto que já no primeiro capítulo, que institui as normas fundamentais para o processo, lança-se luz sob o tema no art. 3<sup>o</sup><sup>26</sup>.

Aqui, inclusive, reside a semente de nossa reflexão. Observa-se que, consoante o §2<sup>o</sup>, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Gize-se que o diploma legal atribui tal encargo ao Estado e não ao Poder Judiciário, o que evidencia que os demais órgãos do Estado, entre os quais poderíamos citar a polícia, deverão ter tal premissa estabelecida em sua dinâmica de atuação.

<sup>24</sup> FUX, Luiz. Novo Código de Processo Civil Temático, 1<sup>a</sup> edição, Editora Mackenzie, 2015, pág. 9.

<sup>25</sup> A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o Novo Código de Processo Civil”, recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra “O Código de Processo Civil Democrático”, que foi proferida pelo ilustre ministro na EMERJ no dia 02/03/2015.

<sup>26</sup> TÍTULO ÚNICO  
DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS  
CAPÍTULO I

Art. 3<sup>o</sup> Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1<sup>o</sup> É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2<sup>o</sup> O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3<sup>o</sup> A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Sepultando qualquer dúvida, o §3º estabelece que a mediação/conciliação deverá ser estimulada pelos juízes, advogados, defensores e promotores, inclusive no curso do processo. Ora, se a solução consensual deve ser fomentada inclusive no curso do processo, por óbvio que também deverá ser incentivada e buscada antes do início do processo.

Posto isso, todos os operadores do Direito devem, antes mesmo da propositura de uma ação (a nosso sentir, tanto cível quanto penal, quando esta for privada ou pública condicionada), deverão enveredar esforços para buscar mediar o conflito e obter uma solução consensual, preservando, assim, o Poder Judiciário de processos que sequer precisariam ter sido iniciados.

Assim como o direito penal deve ser visto como a *ultima ratio*, no tocante à proteção dos bens jurídicos mais importantes, o processo (judicial) também deve ser visto como o último recurso no tocante ao conflito, ou seja, a jurisdição, que hoje é vista como a principal via (se é que não é vista ainda como a única) estabelecida pelo direito para a resolução de conflitos, deveria se tornar o último instrumento a se lançar mão.

Os mecanismos de solução alternativa não vieram para tomar o lugar da jurisdição, mas sim para configurarem mais uma possibilidade posta à disposição dos litigantes, já que, dependendo do tipo e natureza de litígio que se apresenta, a mediação, pode sim ser mais adequada, uma vez que permite a revelação do drama humano<sup>27</sup> que existe por trás da disputa jurídica, possibilitando o enfrentamento da causa e não do efeito do conflito, pacificando-o de maneira verdadeiramente efetiva<sup>28</sup>. Na lição de Humberto Dalla<sup>29</sup>, o Poder Judiciário deve ter o monopólio da função jurisdicional, mas não da Justiça, e nem se confundir com ela.

E o Código de Processo Civil de 2015, ao estabelecer a realização, logo no início do processo, da audiência de conciliação e mediação como

---

<sup>27</sup> Pontifica José Renato Nalini, abordando a figura da conciliação: “É, no entanto, extremamente importante a tentativa conciliatória. Bem-sucedida, faz com que se alcance a paz social, que é objetivo fundamental da sociedade brasileira. O acordo reveste aspecto psicológico bastante válido: a convicção das partes de que se acertaram espontaneamente, fazendo prevalecer o bom-senso, o desapego, na luta contra a intransigência e o egoísmo”. (O juiz e o acesso à justiça. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 134).

<sup>28</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76. Para ele, a conciliação, um dos instrumentos que informam a operosidade, é um elemento fundamental para alcançar o efetivo acesso à justiça.

<sup>29</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, capítulo 25.

regra<sup>30</sup>, chegando a sancionar aquele que não comparecer com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, bem como taxando tal ato como atentatório à dignidade da justiça, endossa a relevância da busca pela solução consensual.

A preocupação com o tema, no âmbito do judiciário, é tão grande que o novo diploma determina a criação pelos Tribunais de centros judiciários de solução consensual de conflitos<sup>31</sup>, sendo que estes poderão optar por credenciar profissionais habilitados ou criar quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos<sup>32</sup>. Oportuno destacar que o novo código determina que,

#### <sup>30</sup> CAPÍTULO VDA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

#### <sup>31</sup> Seção V

##### Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

<sup>32</sup> Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

...

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

também no âmbito administrativo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos<sup>33</sup>.

Por fim, corroborando a tese aqui defendida, isto é, da necessidade de se desenvolver a mediação extrajudicial, o art. 175 do Código de Processo Civil de 2015 determina que outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, poderão ser regulamentadas por lei específica, evidenciando que o mandamento insculpido no art. 3º, §2º e imposto ao Estado, como um todo, deve ser cumprido. E a referida Lei, inclusive, já foi promulgada. Trata-se da Lei nº 13.140/15, denominada “Lei de Mediação”, no bojo da qual a mesma é disciplinada.

Qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada, poderá funcionar como mediador extrajudicial<sup>34</sup>, nos termos do art. 9º, prevendo a referida Lei, ainda, que os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas<sup>35</sup>.

Como forma de se fomentar a realização da mediação extrajudicial e proteger aqueles que a ela se dedicarem, a lei em tela assegurou aos servidores públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, que estes somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude,

---

<sup>33</sup> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

<sup>34</sup> Subseção II

Dos Mediadores Extrajudiciais

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. .

<sup>35</sup> Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. .

receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.<sup>36</sup>

Diante do exposto, a missão de pacificar os conflitos não pode se restringir mais ao Judiciário, que deve se tornar o último recurso, através do processo. No mesmo sentido, entendemos que a mediação judicial, nos termos preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015, também deve ser vista como residual, devendo preponderar a mediação extrajudicial, prévia ao processo.

Cabe salientar, por oportuno, que são títulos executivos judiciais tanto a decisão homologatória de autocomposição judicial quanto a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza, conforme art. 515, II e III do novo código<sup>37</sup>. Por sua vez, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal, configurará título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, IV<sup>38</sup> do mesmo diploma.

Aqui, registramos lamentação por ter se deixado de inserir no referido rol de operadores do direito aptos a referendar a transação o Delegado de Polícia, o que impede a formação do título executivo extrajudicial nas mediações por ele presididas e demanda o encaminhamento do acordo ao Poder Judiciário para homologação e formação de título executivo judicial.

Embora o advento do Novo Código de Processo Civil seja uma grande conquista, ele é apenas um passo a caminho da concretização do Estado Democrático de Direito e da busca por um processo justo, em que vigorem na sua plenitude todas as garantias constitucionais. Torna-se necessário, para tal mister, diminuir a avalanche de processos que

<sup>36</sup> Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem. .

<sup>37</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;.

<sup>38</sup> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

...

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;.

assola o Poder Judiciário e dificulta uma tutela mais efetiva e adequada dos direitos, o que exige o fim do protagonismo irrestrito da jurisdição na resolução de litígios e o início da cooperação dos demais órgãos do Estado na pacificação dos conflitos.

Demanda-se, assim, mais que uma nova lei, uma verdadeira virada cultural, que deve começar obrigatoriamente pelos operadores do direito. Assim, necessária uma mudança paradigmática também nos órgãos do Estado. Advogados, defensores, promotores, delegados, todos devem incentivar e buscar a resolução consensual dos conflitos antes mesmo do processo judicial se iniciar.

Embora os denominados “Termos de Ajustamento de Conduta” (previstos no art. 5º, §6º da Lei 7.437/85<sup>39</sup>), no plano da tutela coletiva, sejam ferramentas extrajudiciais excepcionais e adequadas para tal fim, verifica-se que tão somente o Parquet exerce com maestria seu múnus, celebrando inúmeros TAC’s em favor da sociedade, inobstante as Defensorias Públicas, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedade de economia mista também possuem legitimação para realização desse tipo de acordo.

É certo, contudo, que a iniciativa, também no âmbito do Ministério Público, deveria se espriar, sempre que possível fosse, para a esfera criminal e para as demandas de natureza cível individuais.

Intenso debate doutrinário vem se construindo em torno dos limites à realização da mediação, sendo que a previsão legal insculpido no art. 3º da Lei 13.140/15 estabelece que será possível nos conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou mesmo nos direitos indisponíveis que sejam transacionáveis (nesta última hipótese, exigir-se-á a oitiva do Ministério Público e a homologação judicial). A vexata quaestio reside na definição de quais seriam os direitos indisponíveis transacionáveis e quais seriam os não-transacionáveis. Isto posto, predomina o entendimento de que os direitos não-transacionáveis devem ser a exceção, restringindo-se aos direitos da personalidade stricto sensu, que caracterizam o núcleo inatingível dos direitos humanos (relacionados a dignidade da pessoa

<sup>39</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

...

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. .

humana), bem como na hipótese em que houver uma norma vedando expressamente aquele tipo de negócio, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa<sup>40</sup> (Lei 8.429/92 - art. 17, §1º).

No âmbito criminal, a limitação estaria relacionada a natureza da ação penal, sendo pacífica a plena admissibilidade nos casos de ação penal privada e condicionada à representação (face ao disposto na Lei 9.099/95). Na hipótese de ação penal pública incondicionada, há certa divergência, contudo, não nos alongaremos no tema por não ser este o objeto da presente reflexão.

Relevante, no momento, é assentar que todos os operadores do direito, incluindo-se advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e delegados de polícia, entre outros, deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, não só ao longo do processo, mas principalmente antes dele.

Essas instituições já deveriam estar disciplinando a realização da mediação pelos seus membros, organizando cursos e reciclagens a fim de preparar seus profissionais para esses novos desafios, como o Judiciário vem fazendo, mas não é o que se tem visto, com algumas notáveis exceções.

Nesse sentido, não podemos deixar de destacar a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, cujos dois primeiros artigos<sup>41</sup> não podemos deixar de mencionar por se amoldarem

---

<sup>40</sup> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput..

<sup>41</sup> Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, à redução da litigiosidade, à satisfação social, ao empoderamento social e ao estímulo de soluções consensuais, serão observados:

I - a formação e o treinamento de membros e, no que for cabível, de servidores;  
II - o acompanhamento estatístico específico que considere o resultado da atuação institucional na resolução das controvérsias e conflitos para cuja resolução possam contribuir seus membros e servidores;  
III - a revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional e dos seus respectivos programas;  
IV - a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo..



com perfeição ao que defendemos também para as demais instituições. Os referidos dispositivos instituem a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do ministério público, objetivando assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Assim, visando implementar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, de forma a possibilitar a disseminação da cultura de pacificação, a redução da litigiosidade, a satisfação social, o empoderamento social e o estímulo de soluções consensuais, determina-se a adequada formação e treinamento, acompanhamento estatístico específico, revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional, bem como a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Iniciativas como a acima descrita são dignas do Estado Democrático de Direito e colaboram para que se alcance a plena cidadania, por facilitar a concretização de direitos e a paz social, devendo ser acolhidas e implementadas por outros órgãos do Estado.

### **3 A MEDIAÇÃO PELA POLÍCIA**

Ab initio, saliente-se que a mediação pela polícia já encontra amparo, inclusive, no campo internacional. Diversas instituições policiais dos Estados Unidos já vêm implementando algum tipo de programa de mediação e, nesse sentido, poderíamos citar Hillsboro (Oregon), Pittsburgh (Pensilvânia)<sup>42</sup>, Denver (Colorado)<sup>43</sup>, Portland (Oregon), Seattle (Washington) e Pasadena (Califórnia)<sup>44</sup>. O fenômeno é tema, ainda,

---

<sup>42</sup> COOPER, Christopher C. Conceptualizing mediation use by patrol police officers. Washington, 2003. Disponível em: [http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing\\_mediation\\_use\\_by\\_patrol\\_police\\_officers.pdf](http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing_mediation_use_by_patrol_police_officers.pdf) - acesso em 18/11/2015.

<sup>43</sup> PROCTOR, Jon L. Management. ROSENTHAL, Richard. Denver's Citizen/Police Complaint Mediation Program: A Comprehensive Evaluation. Disponível em: [https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation\\_Journal\\_Article\\_2-24-09.pdf](https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation_Journal_Article_2-24-09.pdf) - acesso em 18/11/2015.

<sup>44</sup> CLARO, Raquel Filipa Soares. Mediação de Conflitos: estudo de caso na Polícia Municipal do Porto. Porto, 2012. Disponível em: <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3396/3/T-21605.pdf> - acesso em 18/11/2015.

de diversos artigos e obras da doutrina estrangeira, como, por exemplo da autora americana Maria R. Volpe<sup>45</sup>.

No Brasil, inobstante o Novo Código de Processo Civil não ter abarcado em seu art. 3º, §3º a figura do Delegado de Polícia, deixando de lhe atribuir expressamente o dever de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, acreditamos piamente que a polícia civil, enquanto órgão estatal, é alcançada pelo mandamento insculpido no art. 3º, §2º, posto ser este dirigido ao Estado.

A inexistência de menção expressa talvez decorra do fato do código ser voltado para o processo civil, contudo, há que se reconhecer que a polícia é o maior receptor de conflitos em nossa sociedade. E aqui, além de ressaltarmos a interseção existente entre os diferentes ramos do processo, devemos destacar que são muitas as questões cíveis que são apresentadas nas delegacias de polícia (no Rio de Janeiro, são comuns os chamados registros de “fato atípico” ou de “medida assecuratória de direito futuro”), como verdadeiro ato preparatório para o ajuizamento de uma ação cível (frequentemente, sob orientação de advogados ou encaminhamento de defensores públicos).

Como se não bastasse tal fato, a própria Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público reconhece que *“na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei*

---

<sup>45</sup> VOLPE, Maria R. Mediation in the Future of Policing, <http://www.mediate.com/articles/VolpeFutures.cfm>, May 2015, acesso em 18/11/2015. VOLPE, Maria R. "Police as Conflict Resolvers" in The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice [ed by Morton Deutsch, Peter Coleman and Eric Marcus], 2014. VOLPE, Maria R. "Police and Mediation: Natural, Unimaginable or Both" in Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum [ed by JanFritz] Springer (The Netherlands), 2014. VOLPE, Maria R. "Police Mediation: Research Survey Themes"[with N. Phillips] in Dispute Resolution:Managing Conflicts in Diverse Contexts, ed by N. Phillips and S. Strobl, NY: CUNY Dispute Resolution Center, 2006. VOLPE, Maria R. "L'uso della mediazione da parte delleforze di polizia" [with N. Phillips], in La mediazione come strumento di intervento sociale, ed by L.Luison. Milano, Italy: Franco Angeli,2006. VOLPE, Maria R. "Police Mediation" Law Enforcement Encyclopedia, Sage, 2005. VOLPE, Maria R. "Police Use of Mediation" [with N. Phillips] Conflict Resolution Quarterly, Winter2003, Vol 21, No 2..

*nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal...”*

Fato é que, inegavelmente, as delegacias configuram verdadeiros pára-raios de conflitos (os quais são inerentes à condição humana), sendo o primeiro lugar para onde o cidadão envolvido em um embate se dirige, até em virtude da dificuldade em se distinguir entre um simples ilícito civil e um ilícito criminal (muitas vezes, até para os operadores do direito, os limites são tênues).

Assim, disputas familiares, acidentes de trânsito, brigas entre vizinhos, divergências condominiais, problemas conjugais, crises provocadas por um familiar envolvido com álcool ou drogas, desacordos comerciais, lesões ao consumidor, dentre outros exemplos, frequentemente tomam os saguões das unidades de polícia judiciária, sendo que muitas vezes os envolvidos comparecem espontaneamente buscando dirimir a crise instaurada ante a figura da autoridade policial, ou são conduzidos pela polícia militar com tal fim.

Se no âmbito exclusivamente cível já haveria um campo fértil para os delegados de polícia mediar conflitos, quiçá na esfera criminal. Parcela extremamente significativa<sup>46</sup> dos crimes que são noticiados nas delegacias são de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada. Assim, plenamente passíveis de solução consensual. Noutra giro, mesmo dentre os crimes de ação penal pública incondicionada, nos quais, em tese, seria incabível a composição, há que se ressaltar que muitos configuram infrações de menor potencial ofensivo, e é cediço que muitos Juizados Especiais Criminais (JECrim's) vêm a obrigatoriedade da ação penal de forma mitigada nos casos em que já houve a pacificação do conflito.

Merecem citação algumas infrações penais que, sob essa ótica, possibilitariam que o delegado de polícia buscasse mediar o conflito, submetendo eventual acordo obtido a posterior homologação judicial (com prévia oitiva do Parquet): Ameaça (art. 147 do CP), Lesão Corporal Leve (art. 129 do CP), Dano (art. 163 do CP), Calúnia (art. 138 do CP), Difamação (art. 139 do CP), Injúria (art. 140 do CP), Esbulho possessório (art. 161 do CP), Lesão Corporal na Direção de Veículo Automotor (art. 303 do CTB), Vias de Fato (art. 21 da LCP), Perturbação do Sossego (art. 42 da LCP), Perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP), bem como os crimes contra o patrimônio cometidos em prejuízo do cônjuge desquitado

---

<sup>46</sup> Conforme dados do ISP - Instituto de Segurança Pública, disponíveis em <http://www.isp.rj.gov.br/>. Último acesso em 10/01/17.

ou judicialmente separado, de irmão e de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (ar. 182 do CP), entre outros...

No mesmo sentido, pelas características que envolvem a relação entre autor e vítima nos crimes em que é aplicada a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), a mediação também encontra ampla aplicação. Ressalte-se que não ignoramos que o crime de violência doméstica, insculpido no art. 129, §9º do CP, quando resultante de violência doméstica contra a mulher, é considerado pelos tribunais superiores como de ação penal pública incondicionada, contudo, o delito de ameaça, por exemplo, continua sujeito à representação, bem como os crimes contra honra, cuja ação permanece sendo privada, possibilitando a mediação.

O delegado de polícia, *in casu*, pode assumir tanto a figura do mediador quanto a de conciliador, sendo que, em muitos casos, a figura de autoridade, isto é, de um terceiro isento, é justamente o que falta para superação dos enfrentamentos e das picuinhas que costumam envolver certos conflitos, possibilitando o início do diálogo e a resolução consensual.

Dessa forma, evidente que os policiais e, em especial os delegados, já exercem, ainda que de maneira precária ou informal, a função, sob certo aspecto, de mediadores. Imperioso nos parece, contudo, que tal papel, à luz do Novo Código, seja institucionalmente assumido e fomentado, buscando se qualificar o contingente policial para tal atuação, através de cursos e reciclagens.

A mediação pode e deve ser iniciada nas delegacias, inclusive, por ser comum que ambas as partes estejam presentes no momento em que vai ser confeccionado o registro de ocorrência, seja por terem comparecido espontaneamente, seja por terem sido conduzidas.

Hoje, muitas vezes, apenas se faz a oitiva em separado dos envolvidos, limitando-se a questionar se há ou não o desejo de representar. Contudo, há que se passar a buscar mediar o conflito ou conciliar as partes, evitando a contenda e alcançando uma efetiva pacificação. Interessante medida seria a criação de salas de mediação nas delegacias de polícia (e por que não nas promotorias de investigação penal, defensorias e escritórios de advocacia), maximizando a mediação extrajudicial e possibilitando a resolução consensual antes mesmo de deflagrado o processo jurisdicional.

Pioneira iniciativa nesse sentido foi realizada pela Polícia Civil de São Paulo, antes mesmo do advento do NCPC, merecendo nossos aplausos. Trata-se da criação dos chamados “Núcleos Especiais Criminais” (“NECRIM’s”), sendo que o primeiro foi instalado no ano de 2010 na

região de Bauru, e hoje já são pelo menos 38 em funcionamento ao redor do Estado<sup>47</sup>.

Os núcleos implantados destinam-se a mediação de conflitos relacionados a crimes de menor potencial ofensivo, realizando-se sessões presididas por um delegado de polícia, auxiliado por uma equipe vocacionada e habilitada, nas quais as partes são chamadas para se buscar a resolução consensual do conflito, isto é, um acordo, que uma vez obtido, é encaminhado ao Judiciário para homologação (com a prévia oitiva do Ministério Público).

Dessa forma, os NECRIM's desafogam o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que agilizam a resolução dos conflitos, contribuindo sobremaneira para a efetiva pacificação social. Segundo dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, somente no 1º semestre de 2015, foram realizadas 8.863 audiências, com 7.891 conciliações (89% das audiências com acordos), enquanto que em 2014, logrou-se atingir 91% de casos solucionados (19.405 audiências, com 17.585 conciliações)<sup>48</sup>. Cria-se, portanto, a figura do Delegado de Polícia Conciliador, capaz de solver os conflitos da população de forma célere, o que não acontece quando as partes procuram o Poder Judiciário, devido à grande quantidade de processos<sup>49</sup>.

Ressaltando a relevância da mediação levada a efeito pelos delegados de polícia nesses núcleos, cabe trazer à baila as assertivas de Clovis Rodrigues da Costa<sup>50</sup>:

*“O exercício da prática de Polícia Judiciária Comunitária, mediante conciliações preliminares, promovidas pelo Delegado de Polícia entre as partes envolvidas nas práticas de delitos de menor potencial*

<sup>47</sup> Notícia divulgada no Portal da Polícia Civil de São Paulo. Disponível em: [http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages\\_noticias/noticiasDetalhes?collectionId=358412565221004698&contentId=UCM\\_017851&afrLoop=489803737221617&afrWindowMode=0&afrWindowId=null#!%40%40%3F afrWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221004698%26 afrLoop%3D489803737221617%26contentId%3DUCM\\_017851%26 afrWindowMode%3D0%26 adf.ctrl-state%3Dclvhp4cif\\_199](http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_noticias/noticiasDetalhes?collectionId=358412565221004698&contentId=UCM_017851&afrLoop=489803737221617&afrWindowMode=0&afrWindowId=null#!%40%40%3F afrWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221004698%26 afrLoop%3D489803737221617%26contentId%3DUCM_017851%26 afrWindowMode%3D0%26 adf.ctrl-state%3Dclvhp4cif_199). Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>48</sup> Notícia divulgada no Portal da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=36473>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>49</sup> ANGERAMI, Ana Carolina. Núcleo Especial Criminal - Necrim - Atuação da Polícia Civil na Resolução de Conflitos. Disponível em: <http://carolangerami.jusbrasil.com.br/artigos/140495082/nucleo-especial-criminal-necrim>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>50</sup> COSTA, Clóvis Rodrigues Da. Projeto: Prática de Polícia Judiciária Comunitária. São Paulo, 2009, p.1.

*ofensivo, formalizando o correspondente termo, que será submetido a apreciação do Ministério Público e do Poder Judiciário, trata-se de uma importante contribuição jurídico-social da Polícia Civil, para amenizar a lacuna existente entre o ideal que norteou a elaboração da Lei nº 9.099/95 e a realidade da sua aplicação no que tange aos princípios da celeridade e economia processual.*

*Essa atuação comunitária da Polícia Civil, carregada de um caráter social inerente aos atendimentos prestados em uma Delegacia de Polícia possibilitará a redução do crescente volume de feitos dos cartórios dos fóruns (JECRIM), o que refletirá diretamente sobre a tempestividade da prestação jurisdicional, resgatando não apenas a sensação subjetiva de segurança do cidadão, mas principalmente o seu sentimento de realização da justiça, outrossim, fará valer a tão sonhada prestação jurisdicional baseada na celeridade e oralidade enunciadas na Lei 9.099/95.*

*Vale ressaltar que a prestação da atividade Policial, sobretudo a prestada nos plantões tem características sociais importantes, pois, mais do que apenas elaborar Boletins de Ocorrência, é possível observar que muitos problemas são e podem ser solucionados através da correta orientação prestadas as pessoas e as partes envolvidas. ”<sup>51</sup>*

A iniciativa foi tão bem recepcionada em São Paulo, que mereceu entusiasmados elogios do jurista Luiz Flávio Gomes<sup>52</sup>:

*“Se alguém quiser conhecer uma polícia conciliadora de primeiro mundo já não é preciso ir ao Canadá, Finlândia, Noruega, Dinamarca ou Suécia. Basta ir a Bauru, Lins, Marília, Tupã, Assis, Jaú e Ourinhos (todas no Estado de São Paulo). Necrim significa Núcleos Especiais Criminais. Pertencem à Polícia Civil do Estado de São Paulo. Paralelamente à função judiciária, foram instalados vários Necrim nas cidades mencionadas. É uma revolução no campo da resolução dos conflitos penais relacionados com os juizados especiais criminais. Por meio da conciliação estão sendo resolvidos muitos conflitos. Que essa iniciativa pioneira e alvissareira (para além de humanista e sensata) se espalhe por todo país, o mais pronto possível, até se chegar a uma nova*

<sup>51</sup> SANCHES, Caio Afonso Laforga; CHINELLATO, Thiago. *NECRIM- O Mais Novo Instrumento Alternativo de Solução de Conflitos*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jan. de 2013. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim\\_o\\_mais\\_novo\\_instrumento\\_alternativo\\_de\\_solucao\\_de\\_conflitos](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim_o_mais_novo_instrumento_alternativo_de_solucao_de_conflitos)>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>52</sup> GOMES, Luis Flavio. *Necrim: polícia conciliadora de primeiro mundo*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931299/necrim-policia-conciliadora-de-primeiro-mundo>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

*carreira (ou uma fase inicial da carreira) dentro da polícia civil: delegado de polícia conciliador. O ser humano jamais entenderá seu semelhante enquanto não se debruçar sobre seus problemas. “Se você não é parte da solução [dos problemas humanos], então é parte do problema” (Eldridge Cleaver, americano, ativista). ”*

Destaque-se, ainda, que a Polícia Civil de Minas Gerais vem desenvolvendo programa semelhante, denominado “Projeto Mediar”, obtendo também grande sucesso. Imperioso que a iniciativa se dissemine por todo o Brasil, contribuindo para o desenvolvimento da cidadania e empoderamento individual, além de concretizar a determinação do NCPC e aliviar o Poder Judiciário.

As proposições aqui esposadas, por razões óbvias, se aplicam integralmente à Polícia Federal, que comunga da mesma missão social e dispõe de aparato e realidade análoga.

Por oportuno, tendo em vista a realidade carioca, não podemos deixar de registrar que acreditamos que a mediação deve ser incentivada também no âmbito da Polícia Militar, em especial nas Unidades de Polícia Pacificadora, sendo adequada ao ideal de polícia comunitária que tanto se almeja implantar.

Como é cediço por aqueles que atuam na área, tais comunidades já foram de tal maneira dominadas pelo Tráfico de Drogas que a população ali residente chegou a estar à margem do Estado de Direito, e se acostumou a ter seus conflitos solucionados de maneira imediata, ainda que pela tirania dos traficantes. Assim, observa-se certa impaciência e insatisfação com a morosidade do processo jurisdicional, de maneira que a mediação, ao ser realizada pela polícia, pode permitir uma salutar aproximação dos moradores com a figura do policial, contribuindo para integração e efetiva pacificação da comunidade. As soluções construídas, por sua própria natureza, tendem a ser mais facilmente aplicadas e a gerar maior satisfação para todos os envolvidos, sendo por tal razão, muitas vezes preferíveis.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Objetivou-se, neste trabalho, trazer algumas reflexões iniciais sobre as perspectivas acerca da mediação, no atual cenário de sua incorporação pelo NCPC e da promulgação de lei própria, esclarecendo-se que, inobstante, toda a efetividade e vantagens trazidas pela mediação

judicial, não se pode esperar que esta seja uma panacéia para os males da prestação jurisdicional.

Nesse cenário, demanda-se a cooperação dos demais órgãos do Estado com o Poder Judiciário, compartilhando-se a missão de pacificação dos conflitos, de forma que o processo jurisdicional deve se tornar o último recurso, e não a única forma de solução de um litígio. Ao invés de todos os caminhos levarem ao judiciário, este deve passar a ser apenas mais um deles.

O processo deve, portanto, ser a *ultima ratio* do conflito. Nesse sentido, defendemos que a mediação extrajudicial deve preponderar e ser incentivada pelo Estado, através de seus órgãos, nos termos do art. 3º, §2º do NCPD, sendo instrumento de efetiva pacificação social e resolução de litígios, capaz de evitar a excessiva judicialização que impera atualmente, tornando assim, a mediação judicial residual.

Como bem salientado na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, *o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias. A adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.*

O Brasil vive um momento de renovação no processo, implementada através da elaboração de um novo Código de Processo Civil e de novas leis processuais, passando a albergar um modelo verdadeiramente democrático, no qual as partes são chamadas a atuar em colaboração junto com o juiz, ajudando, a ele e a si próprias, a alcançar um resultado final que seja justo, tempestivo e o mais satisfatório possível para todos.

Imperiosa a renovação das demais instituições, adequando-se a contemporaneidade e ao Estado Democrático de Direito, inserindo-se a mediação e a conciliação em suas realidades, enquanto instrumentos que incentivam o diálogo e a colaboração das partes, verdadeiras formas de empoderamento, demandando-se para tal fim, que se inicie com urgência, a partir das suas cúpulas, um movimento centrífugo que busque disseminar a cultura da solução consensual dos conflitos.

Há que se reconhecer ser necessário muito mais que a simples edição de novas normas e códigos para atingir tal desiderato, sob pena de nos limitarmos a uma visão romântica, quiçá utópica da democracia contemporânea. Fundamental, portanto, uma verdadeira transformação



cultural através da educação e conscientização da população, para que os principais atores, quais sejam, as pessoas, atuem imbuídos desse espírito, visando concretizar os preceitos de nossa Constituição Cidadã.

O sucesso dessa empreitada não tem seu êxito condicionado apenas a atuação do Poder Judiciário, pelo contrário, demanda que as demais instituições atuem em sinergia com o mesmo propósito. Assim, mirando-se nas iniciativas da Polícia Civil de São Paulo, através dos NECRIM's, e do Conselho Nacional do Ministério Público, materializada na Resolução nº 118/2014, a busca pela pacificação social, com a ênfase na mediação dos conflitos surgidos na sociedade, por parte dos órgãos públicos, deve se tornar uma realidade palpável o quanto antes. Destaque-se, ainda, a relevância que deve ser atribuída à polícia, enquanto protagonista principal dessa revolução.

Os primeiros passos para a concretização dessa nova realidade já foram dados e as ferramentas adequadas estão à disposição. Cabe, portanto, aos operadores do direito e cidadãos, construir de forma efetiva o amanhã que desejam. Como certa vez disse Mahatma Gandhi: “O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente.”

## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In: Revista de processo, n. 73, 1998. p. 10.

ANGERAMI, Ana Carolina. Núcleo Especial Criminal - Necrim - Atuação da Polícia Civil na Resolução de Conflitos. Disponível em: <<http://carolangerami.jusbrasil.com.br/artigos/140495082/nucleo-especial-criminal-necrim>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BIAVATI, Paolo. La realizzazione dello spazio giudiziario europeo di giustizia, libertà e sicurezza: stato attuale e tendenze evolutive alla luce del programma di Stoccolma. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano 2013. Vol. I. Pp. 185 a 202.

BODART, Bruno. O Processo Civil Participativo - A Efetividade Constitucional e O Projeto Do Novo Código De Processo Civil. Revista de Processo | vol. 205 | p. 333 | Mar / 2012

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24

CAPONI, Remo. “Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo”. In Relazione generale al XIV convegno mondiale dell’Associazione internazionale di diritto processuale, Heidelberg, 26-30 luglio 2011. pp. 01-130.

CAPPELLETTI, Mauro e Denis Tallon, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, in Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95/150; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo Lezioni sul Processo Civile, 5ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, cap.3, “Le garanzie costituzionali”, págs.55/95; Serge Guinchard et alii, Droit processuel – droits fondamentaux du procès, 6ª ed., Dalloz, Paris, 2011; Augusto M.Morello, Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

CLARO, Raquel Filipa Soares. Mediação de Conflitos: estudo de caso na Polícia Municipal do Porto. Porto, 2012. Disponível em: <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3396/3/T-21605.pdf> - acesso em 18/11/2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisprudenza. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 2009. p. 1684-1700.

\_\_\_\_\_. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 2002. p. 702-758.

\_\_\_\_\_. Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto) in Revista de Processo, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 95/148

COOPER, Christopher C. Conceptualizing mediation use by patrol police officers. Washington, 2003. Disponível em: [http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing\\_mediation\\_use\\_by\\_patrol\\_police\\_officers.pdf](http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing_mediation_use_by_patrol_police_officers.pdf) - acesso em 18/11/2015.

COSTA, Clóvis Rodrigues Da. Projeto: Prática de Polícia Judiciária Comunitária. São Paulo, 2009.

DAMASKA, Mirjan. I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 41.

DENTI, Vittorio. I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative, in *Rivista di Diritto Procesuale*, 1980, pp. 410 e ss.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 12ª ed., Salvador: Jus Podium, 2010, p. 55.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos; o processo civil no estado Democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a Passividade e o protagonismo judicial. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011

FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984, p. 1075.

FREEMANN, Michael. *Alternative dispute resolution*. New York: University Press, 1984;

FULLER, Lon. *Mediation: its forms and functions*, 44 *S. Cal. Law Review*, 305, 1971; *The forms and limits of adjudication*, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático*, 1ª edição, Editora Mackenzie, 2015

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, New York: Aspen Publishers, Inc, 1999;

GOMES, Luis Flavio. *Necrim: polícia conciliadora de primeiro mundo*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931299/necrim-policia-conciliadora-de-primeiro-mundo>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

GRECO, Leonardo, "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo", in Os princípios da Constituição de 1988, coletânea organizada por Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, págs.369/406; "O princípio do contraditório", in Revista Dialética de Direito Processual, nº 24, março de 2005, ed. Dialética, São Paulo, págs.71/79; "A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa", in Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal - CEJ, nº 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, p. 20/27.

\_\_\_\_\_. Novas Perspectivas Da Efetividade e do Garantismo Processual. Estudo em homenagem ao Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 1

JUNOY, Joan Picó i. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito - The Brazilian Lessons, 2a ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 121/139.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Teoria Geral do Processo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27.

MENDONÇA, Luis Correa de. Processo Civil Líquido e Garantias (o regime processual experimental português), in CIPRIANI, Franco. Stato di Diritto e Garanzie Processuali, Quaderni de Il Giusto Processo Civile n. 2, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., 2008, pp. 205/237.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da Justiça: alguns mitos", in Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, p. 6-15.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.p. 191.

NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo melo Franco. Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. [Http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm). Acesso em 20 de agosto de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, capítulo 25.

\_\_\_\_\_. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Volume VI, disponível em [http://www.redp.com.br/index\\_edicoesredp.htm](http://www.redp.com.br/index_edicoesredp.htm). p. 27

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo, 3a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 1.

\_\_\_\_\_. DURCO, Karol. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 21 de julho de 2015.. pp.6-13.

PROCTOR, Jon L. Management. ROSENTHAL, Richard. Denver’s Citizen/Police Complaint Mediation Program: A Comprehensive Evaluation. Disponível em: [https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation\\_Journal\\_Article\\_2-24-09.pdf](https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation_Journal_Article_2-24-09.pdf) - acesso em 18/11/2015.

PUNZI, Carmine, Mediazione e conciliazione, Rivista di diritto processuale, vol. 64, n. 4, 2009, pp. 848 y ss.

SANCHES, Caio Afonso Laforga; CHINELLATO, Thiago. NECRIM- O Mais Novo Instrumento Alternativo de Solução de Conflitos. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jan. de 2013. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim\\_o\\_mais\\_novo\\_instrumento\\_alternativo\\_de\\_solucão\\_de\\_conflitos](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim_o_mais_novo_instrumento_alternativo_de_solucão_de_conflitos)>. Acesso em: 17 nov. 2015. SANDER, Frank E. A. Alternative methods of dispute settlement. Washington: American Bar Association, 1979;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p.678/679.

SINGER, Linda R. Settling Disputes, 2<sup>nd</sup> edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*, New York: Foundation Press, 2000.

SWINGLE, P., *The structure of Conflict*, New York: Academic Press, 1970.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 381-410.

\_\_\_\_\_. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 221/266.

\_\_\_\_\_. La carta di diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il processo civile. pp. 1171 e ss. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano 2002. pp. 1171 e ss.

VOLPE, Maria R. "L'uso della mediazione da parte delle forze di polizia" [with N. Phillips], in *La mediazione come strumento di intervento sociale*, ed by L. Luison. Milano, Italy: Franco Angeli, 2006.

VOLPE, Maria R. *Mediation in the Future of Policing*. Disponibile em: <<http://www.mediate.com/articles/VolpeFutures.cfm>>. Accesso em: 18 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. "Police as Conflict Resolvers" in *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* [ed by Morton Deutsch, Peter Coleman and Eric Marcus], 2014.

\_\_\_\_\_. "Police and Mediation: Natural, Unimaginable or Both" in *Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum* [ed by JanFritz] Springer (The Netherlands), 2014.

\_\_\_\_\_. "Police Mediation: Research Survey Themes" [with N. Phillips] in *Dispute Resolution: Managing Conflicts in Diverse Contexts*, ed by N. Phillips and S. Strobl, NY: CUNY Dispute Resolution Center, 2006.

\_\_\_\_\_. "Police Mediation" *Law Enforcement Encyclopedia*, Sage, 2005.

\_\_\_\_\_. "Police Use of Mediation" [with N. Phillips] *Conflict Resolution Quarterly*, Winter 2003, Vol 21, No 2.

# TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE TRABALHO FORÇADO: A EXPLORAÇÃO SEXUAL E O TRABALHO ESCRAVO

## *HUMAN TRAFFICKING FOR FORCED LABOR: SEXUAL EXPLOITATION AND SLAVE LABOR*

Gabriela Costa Frigo de Carvalho\*

Paulo César Corrêa Borges\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Breve histórico sobre o tráfico humano. 2 O panorama atual da exploração sexual e do trabalho escravo. 3 A exploração sexual. 4 O trabalho escravo. 5 O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho escravo. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade estudar o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho escravo e, analisar as medidas propostas por parte das autoridades mundiais que visam à solução desse fenômeno. Para a melhor compreensão do tema, primeiramente, será feita uma breve análise das origens históricas do tráfico humano e, logo após, será feita a revisão bibliográfica referente ao trabalho escravo e à exploração sexual, no contexto social atual, para compreender essas atividades retrógradas que ainda fazem parte da vida de milhares de pessoas. Seguida dessa contextualização, serão analisados, os conceitos de trabalho escravo contemporâneo e exploração sexual. Além disso, será feita a análise dos elementos que caracterizam e definem o tráfico humano, quais os fatos geradores dessa mazela social e as suas principais vítimas. Também é feita a abordagem sobre as medidas legais para erradicação desse problema social e quais a suas eficácias. As condições desumanas a que são submetidas as pessoas que se encontram em condições de traficadas e a luta diária por sua sobrevivência, encerram este trabalho.

**Palavras-chave:** Tráfico de Pessoas. Direitos Humanos. Trabalho Forçado.

**ABSTRACT:** *The objective of this paper is to do a study of human trafficking for purposes of forced labor, with emphasis on sexual exploitation and slave labor; and analyze the existing ways to preventing this practice. To a better understanding of the subject, first, it will be done a short analysis of the historical process of human trafficking and, after, it will be done a literature review about the slave labor and the sexual exploitation, in the current social context, to understand these activities that still exists in the lives of thousands of people. Then, the concepts of contemporary slave labor and sexual exploitation will be analyzed. After that, it will be analyzed the elements that characterize and define the human trafficking, which are the effects of this illegal phenomenon in victims lives. Also, evaluate and study the national and international laws that censor and try to stop the practice of trafficking in persons. The inhuman conditions of the victims and the daily struggle for survival, end this paper.*

---

\* Aluna da graduação em direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho".

\*\* Professor Doutor de Direito Penal da UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho".

## INTRODUÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define que o trabalho forçado pode se dar de diversas formas. Ele se caracteriza pela coerção de determinada pessoa para que realize algum tipo de trabalho, caso não seja realizado, essa pessoa é punida de alguma forma. O tráfico de pessoas na maioria das vezes acontece com a finalidade de que algum tipo de trabalho forçado seja realizado, dentre eles, o foco deste trabalho, a exploração sexual e o trabalho escravo. O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e de trabalho escravo, não é um problema atual e apesar disso, nos últimos tempos apresentou um aumento significativo. Milhares de pessoas, independentemente de suas idades, etnias, sexo, cor ou credo, estão submetidas a situações desumanas de trabalho, lutando por suas sobrevivências e, por esses motivos, diariamente têm os seus direitos fundamentais desrespeitados.

O trabalho escravo é uma prática recorrente desde o início da humanidade e, durante certos momentos históricos era uma atividade regulamentada e lícita. Na Antiguidade e na colonização do continente americano, a escravidão além de ser aceita, era também justificada, mas no atual contexto social, onde se prega o total respeito aos direitos humanos, a escravidão de qualquer indivíduo é considerada uma prática inadmissível e condenável.

A exploração sexual é outra atividade milenar e é constituída como uma forma de trabalho forçado. Nesse caso é perceptível a diferenciação de gênero, sendo as mulheres, crianças e adolescentes a maioria das pessoas que sofrem com esse mal. A base fundante da sociedade é patriarcal e machista, por isso as vítimas de qualquer tipo de exploração sexual, seja para fins de tráfico ou não, são estigmatizadas e culpabilizadas pelo que lhes ocorreu.

O tráfico de pessoas para essas determinadas atividades traz à tona e escancara as enormes diferenças socioeconômicas existentes entre os países, destaca de uma maneira negativa as desigualdades sociais, culturais e, além disso, incita diversas formas de preconceito e de xenofobia. Qualquer modalidade de tráfico humano é uma prática ilícita e elas se estendem há séculos. É inaceitável que mesmo com normas internacionais e nacionais extremamente articuladas e rigorosas sobre o assunto, o tráfico humano ainda seja uma realidade. Os motivos que foram



brevemente citados explicitam, por si sós, a relevância e magnitude do tema em questão e, sua erradicação é essencial para a conservação dos maiores direitos existentes: a vida e a liberdade.

## 1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O TRÁFICO HUMANO

A maior referência existente sobre tráfico de pessoas é o tráfico negro, que atingiu seu auge durante o século XVIII, sua prática era mundial, devido à escravidão. No início do século XIX a mão-de-obra escrava não era mais do interesse da Inglaterra, porque objetivavam a criação de um mercado consumidor na América Latina. Na época, Portugal liderava o tráfico negro e a Coroa Inglesa começou a pressionar a metrópole para pôr fim a essa prática.

Segundo Shecaira e Silveira<sup>1</sup> em 1º de março de 1807, a escravidão foi considerada ilegal pelos ingleses e um ano depois se tornou um crime contra a humanidade. Em 1810 foi assinado o “Tratado de Cooperação e Amizade” com Portugal, que finalmente explicitava a sua proibição.

As medidas inglesas não foram suficientes para deter o tráfico, por isso ele continuou existindo, e o Brasil na condição de colônia de Portugal, continuava a receber escravos. Em 7 de novembro de 1831, a Lei Diogo Feijó foi assinada no Brasil e proibia o tráfico de escravos no país, além disso afirmava em seu primeiro artigo que “todos os escravos, que entrarem no território ou nos portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres”, mas na prática, novamente, a lei não foi respeitada. Em 4 de setembro de 1850, a Lei Eusébio de Queirós foi assinada e previa que qualquer embarcação brasileira ou estrangeira destinada ao tráfico negro poderia ser apreendida.

A repressão e a fiscalização continuavam levianas e por esse motivo, uma terceira lei mais severa e punitiva foi assinada em 5 de junho de 1854. Ainda assim, o último registro de desembarque de escravos no país data de 13 de outubro de 1855.

As atividades dos escravos se estendiam por diversas áreas, desde os trabalhos nas áreas agrícolas até os trabalhos domésticos. Não existia qualidade de vida, ou respeito à dignidade humana, porque os mesmos não eram considerados seres humanos, mas sim uma propriedade. Por

---

<sup>1</sup> Sérgio Salomão Shecaira é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em regime de dedicação integral à docência e pesquisa. Renato de Mello Jorge Silveira é advogado e professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

esses motivos a humilhação e os castigos corporais eram constantes, assim como os abusos sexuais.

Com a abolição da escravidão em 13 de maio de 1888, iniciou-se a vinda de imigrantes para o Brasil. A maioria provinha da Europa e objetivavam melhores oportunidades de vida, mas ao chegar encontrava-se em situação de semiescravidão. É nesse período que se inicia o tráfico de pessoas de todas as etnias, para diversos fins, mas principalmente para a exploração sexual e o trabalho escravo<sup>2</sup>.

Ao longo dos anos, com o aprimoramento dos meios de transporte e a facilidade de locomoção para outros países, a quantidade de pessoas traficadas aumenta gradativamente e se torna um assunto do interesse das autoridades internacionais e nacionais.

## **2 O PANORAMA ATUAL DA EXPLORAÇÃO SEXUAL E DO TRABALHO ESCRAVO**

Para o melhor entendimento e esclarecimento sobre o que é o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho escravo, é necessário o aprofundamento de cada um desses conceitos. Essas duas atividades ilícitas se fundamentam em conceitos complexos, dentre eles: a globalização e a violência. No caso da exploração sexual, podemos acrescentar também a sexualidade<sup>3</sup>.

A globalização mudou a percepção de todos os indivíduos viventes, porque ocorre a mundialização do planeta. Rompem-se barreiras e as maneiras de pensar, agir e ser, o que antes era somente um conglomerado de países e nações, aos poucos vai homogeneizando-se<sup>4</sup>.

Esse fenômeno está intimamente ligado com o mercantilismo e o capitalismo, ou seja, com as relações comerciais. Consequentemente ocorrem mudanças nas formas de trabalho e na economia, que cada vez mais perdem a sua individualização e se tornam mundiais. Exemplos desse fenômeno são as crises de 1929 e a mais recente em 2008, as duas despontaram nos Estados Unidos e afetaram a todos os países. Ambas foram responsáveis pelo desemprego de milhares de pessoas e pela falência de diversas empresas ao redor do mundo.

As consequências da globalização afetam diferentemente os países ricos e os países pobres. Apesar de o colonialismo ter acabado, é

<sup>2</sup> SHECARIA e SILVEIRA.

<sup>3</sup> LEAL, 2003, p. 06.

<sup>4</sup> IANNI, 2001, p. 13.

perceptível a relação de dominação dos primeiros para com os últimos. Naturalmente, a submissão das nações mais pobres desencadeiam notáveis problemas para a sua população.

A força do mercado globalizado promove a reestruturação econômica dos países centrais e periféricos, desencadeando assim, alguns fenômenos observáveis, por exemplo, o crescimento do desemprego estrutural, das desigualdades e das migrações, seguidos de um visível rebaixamento salarial<sup>5</sup>.

Os fatos citados desestruturam muitas famílias e provocam sérias transformações na base da vida social. Por causa de políticas neoliberais, o déficit social aumentou nos países periféricos e semiperiféricos<sup>6</sup>. A pobreza nesses locais gerou uma situação que se tornou comum: crianças, adolescentes e adultos sendo explorados e trabalhando em condições análogas a de escravos, na tentativa de ajudar no sustento família.

É nessa perspectiva que o processo de flexibilidade atinge não só as relações de trabalho masculino, mas, sobretudo, o feminino e o infantil, através da inclusão da mão-de-obra dessa população em sistemas informais precários e em sistemas clandestinos e do crime organizado. Situação que leva não somente à submissão do trabalhador a situações de vulnerabilidades e riscos sociais, como ao trabalho forçado, explorado, escravo e ao extermínio. (LEAL, 2003, p. 8).

Outro efeito da globalização é o incentivo ao consumo e é dentro desse contexto que se insere a violência e a sexualidade. Em uma breve análise, em nossa atual sociedade, a pessoa que não consome não é considerada cidadã, porque não contribui para com a economia.

Na tentativa de se encaixar nos padrões sociais consumistas, essas pessoas tornam-se alvos fáceis de facções criminosas, enxergando ali uma possibilidade de tornarem seus desejos materiais em realidade<sup>7</sup>. Além de deixarem-se seduzir facilmente por aliciadores e suas falsas promessas, acabando em redes de exploração sexual e de trabalho escravo.

### **3 A EXPLORAÇÃO SEXUAL**

O modelo econômico atual é o capitalismo, que de uma maneira geral e simplista, visa sempre o lucro de um indivíduo sobre outro, seja

<sup>5</sup> LEAL, 2003, p. 08.

<sup>6</sup> LEAL, 2003, p.08.

<sup>7</sup> LEAL, 2003, p.09.

através de mercadorias vendidas ou de serviços prestados. A exploração sexual tem por base essa lógica capitalista, mas nesse caso, a mercadoria ao invés de um objeto, é uma pessoa. Por esse motivo, deve ser vista como uma atividade econômica ilegal, já que essa indústria move enormes quantidades de dinheiro ao redor do mundo.

A conceituação desse crime se diferencia em casos de menores de 18 anos e adultos. Essa distinção é significativa, porque as atividades sexuais quando relacionadas com crianças e adolescentes sempre se classificam como crime. É dever do governo e de seus responsáveis proporcionar condições dignas de vida e de desenvolvimento a esses indivíduos e protegê-los das mazelas sociais.

Ao tratarmos desse grupo especificamente, a exploração sexual ocorre quando um menor de idade é usado “para fins sexuais em troca de dinheiro ou favores em espécie, entre a criança ou adolescente, o cliente, o intermediário ou agenciador e outros que se beneficiam do comércio de crianças para esses propósitos”. (I Congresso Mundial Contra a Exploração Comercial de Crianças, 1996).

[...] como uma relação de mercantilização (exploração/dominação) e abuso (poder) do corpo de crianças e adolescente (oferta) por exploradores sexuais (mercadores), organizados em redes de comercialização local e global (mercado), ou por pais, ou responsáveis, e por consumidores de serviços sexuais pagos (demanda). (LEAL, 2003, p. 06).

Existem diversas modalidades de exploração sexual comercial infantil, as principais são: prostituição, pornografia, turismo sexual e tráfico infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê pena para o indivíduo que submeter ou incentivar o menor de idade à prostituição (art. 244-A). Ainda que seja uma opção da pessoa estar submetido àquela situação, crianças e adolescentes constituem um grupo em condições vulneráveis, sendo assim, não podem ser considerados prostitutas(os) e sim prostituídas(os)<sup>8</sup>. Nesse caso, a prostituição não pode ser entendida como um trabalho qualquer, porque afeta fisicamente e psicologicamente o indivíduo.

A pornografia infantil é entendida pela INTERPOL como “a representação visual da exploração sexual de uma criança, concentrada na atividade sexual e nas partes genitais dessa criança”. O ECA tipifica

---

<sup>8</sup> Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-BA), 1995.

como crime a venda ou exposição de qualquer material com conteúdo pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes (art. 241).

A produção pornográfica utilizando crianças e adolescentes constitui, portanto, exploração sexual, sendo que são considerados exploradores os produtores (fotógrafos e videomakers), os intermediários (aliciadores e pessoas de apoio), os difusores (anunciantes, comerciantes, publicitários) e os colecionadores ou consumidores do produto final. (FIGUEIREDO e BOCCHI, 2010, p. 59).

O turismo sexual também é uma forma de exploração sexual de crianças e adolescentes, e essa atividade na maioria das vezes é sustentada por agências de viagens e hotéis, ou seja, locais conectados ao turismo. Qualquer pessoa, estrangeira ou do próprio país, que mantenha uma relação de cumplicidade com a atividade, seja diretamente ou por omissão, contribui para a exploração e é digna de punição<sup>9</sup>.

Na esfera adulta, basicamente, a exploração sexual comercial ocorre quando algum indivíduo obtém lucro financeiro e vantagens com a prostituição de um terceiro. Nesse caso, a relação sexual e a pessoa que a pratica são vistas como produtos mercantis. As situações mais comuns dessa prática ilícita são: o tráfico de pessoas e a exploração sexual agenciada.

A exploração sexual agenciada se concretiza através da intermediação de uma ou mais pessoas na prostituição de um terceiro. No Brasil, a prostituição não é caracterizada como crime, desde que a pessoa a exerça voluntariamente, consequentemente a aliciação é proibida.

O vigente Código Penal Brasileiro, proíbe a mediação de alguém para servir a lascívia de outrem (art. 227), o favorecimento da prostituição (art. 228), as casas de prostituição (art. 229) e o rufianismo (art. 230). Apesar das proibições essas práticas ocorrem deliberadamente e são realizadas pelos popularmente chamados “cafetões e cafetinas”.

A confusão entre a exploração sexual e o abuso sexual é frequente, isso se deve ao fato de que as duas atividades são classificadas como violências sexuais e são semelhantes, mas existem diferenças relevantes em suas definições. Trata-se de temas complexos e polêmicos, por isso, muitas vezes não são discutidos socialmente com a frequência que deveriam ser.

Ao contrário da exploração sexual, o abuso sexual não envolve nenhum tipo de dinheiro ou gratificação. Ela ocorre normalmente quando existe uma relação de subordinação, por exemplo, patrão e empregado ou

<sup>9</sup> Banco de Dados do Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA), 1996. .

adulto e criança, entre outras, onde a parte mais vulnerável da relação é utilizada para a satisfação sexual do indivíduo opressor.

A questão do abuso sexual deve ser compreendida e analisada em todas as suas esferas: aspectos sociais, culturais, políticos, econômicos e jurídicos. Esse tipo de violência pode ocorrer no âmbito familiar e extrafamiliar. Na primeira situação, a vítima e o agressor possuem algum tipo de convivência e já existe uma relação estabelecida. O segundo contexto ocorre quando não existe nenhum tipo de proximidade entre a vítima e o agressor. Já a exploração sexual comercial ocorre quando há algum tipo de lucro, por exemplo, em redes de prostituição, pornografia, tráfico e turismo sexual. Muitas crianças e adolescentes ingressam nas redes de exploração sexual comercial, por causa da violência intrafamiliar ou extrafamiliar. É claro que este não é um fator determinante, mas com certeza é um dos motivos que as torna mais vulneráveis. O contexto de pobreza e violência expõe diariamente milhares de crianças e adolescente a situações degradantes que violam os seus direitos fundamentais<sup>10</sup>.

Segundo a ONG Childhood<sup>11</sup>, o abuso sexual se divide em dois tipos, o sem contato físico e o com contato físico. O primeiro deles pode ocorrer de diversas maneiras, dentre elas: assédio sexual; abuso sexual verbal; exibicionismo; voyeurismo e pornografia. O assédio sexual concretiza-se quando há propostas de relações sexuais, por chantagens ou ameaças à vítima. O abuso sexual verbal se dá por meio de conversas abertas ou telefonemas, que possuem teor sexual, e objetivam despertar algum tipo de interesse na vítima. O exibicionismo consiste no ato do agressor exibir seu órgão sexual ou praticar atos obscenos para a pessoa coagida. O voyeurismo é o contrário do exibicionismo, nesse caso, o agressor fixa o olhar nos órgãos genitais de outra pessoa, no caso a vítima, constrangendo-a. Por fim, a pornografia é considerada um abuso sexual quando exibida para qualquer indivíduo contra a sua vontade.

Quando ocorre o abuso sexual com contato físico, existe a violação física ao corpo da vítima. Nesses casos, esse contato é forçado pelo agressor e o crime é caracterizado como estupro. O artigo 213 do atual Código Penal brasileiro prevê que o estupro ocorre quando o agressor constrange

<sup>10</sup> FIGUEIREDO e BOCCHI, pág. 57, 2010.

<sup>11</sup> Organização brasileira que faz parte da World Childhood Foundation (Childhood), instituição internacional criada em 1999 por Sua Majestade Rainha Silvia da Suécia, para proteger e garantir os direitos da infância. Disponível em: < <http://www.childhood.org.br/entenda-a-diferenca-entre-abuso-e-exploracao-sexual>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2015.

a vítima “mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, a pena nesse caso é de 6 a 10 anos de reclusão. Se vítima for menor de 18 ou maior que 14 anos ou se a conduta resultar em lesão corporal de natureza grave, a pena se modifica para 8 a 12 anos. E, se por fim, o estupro resultar em morte a pena é de 12 a 30 anos.

Outra confusão corriqueira é entre a prostituição e a exploração sexual. Elas se diferem, porque a primeira atividade é lícita, quando realizada por pessoas em suas plenas faculdades mentais, e pela vontade das mesmas. Já a segunda atividade, como já foi explanada, é ilícita e fere brutalmente os direitos humanos e fundamentais.

A prostituição é uma profissão muito antiga e polêmica. Atualmente vivemos em uma sociedade patriarcal e machista, por esse motivo é difícil para seus membros conceberem a ideia de que alguém exerça a prostituição por vontade própria, colocando as pessoas que exercem essa profissão sempre em posição de vítimas.

[...] o debate sobre se uma mulher pode consentir na prostituição. Alguns dizem que não, mas os defensores dos direitos humanos afirmam que os trabalhadores do sexo têm direitos como quaisquer outros trabalhadores. Alguns baseiam seus argumentos na irrefutável presunção de nulidade de qualquer concordância com a prática da prostituição e outras formas de trabalho sexual que se fundamentem na natureza lucrativa dessa atividade. Outros apoiam esse ponto de vista porque consideram esse tipo de consentimento para se prostituir, como resultado da coação econômica ou abuso da vulnerabilidade econômica da pessoa em questão. Aqueles que se posicionam no lado contrário do debate sustentam que as mulheres podem admitir livremente em se tornarem trabalhadores sexuais e que essa escolha deve ser respeitada. Existe consenso quanto à incapacidade de um menor de idade dar consentimento válido a esse tipo de exploração mas, ainda assim, discute-se qual a idade para o consentimento à luz da diversidade cultural no mundo. (BASSIOUNI, 2002, p.03).

Esses trabalhadores são estereotipados e sofrem diversos tipos de preconceitos. Do ponto de vista moral e dos “bons costumes” a profissão é condenada, mas ao mesmo tempo não deixa de existir e ser fomentada. Essa contradição coloca esse numeroso grupo à margem da sociedade<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Justificativa do Projeto de Lei Gabriela Leite, nº 4.211/2012 de Jean Wyllys, p. 1.

A marginalização e o preconceito citados atrapalham na consolidação de estudos sobre o tráfico de pessoas. A legislação por ser patriarcal, considera que qualquer pessoa que exerça a prostituição fora do país, está em condição de traficada, o que não é verdade. Nada impede que alguém que se prostitua dentro do país queira realizar essa atividade fora dele, objetivando uma melhoria de vida e melhores pagamentos. Sendo assim, mesmo que entre no país estrangeiro de forma ilegal, não significa a condição de tráfico e nem a posição de vítima.

#### **4 O TRABALHO ESCRAVO**

É possível estudar e identificar sinais de escravidão desde o período da pré-história. A palavra “escravo” surgiu na época em que os germanos aprisionavam os eslavos e os levavam para a Europa. O grupo de pessoas que fazia parte de um determinado território, os gntílicos, tinha como o significado de seu nome, a “glória” e posteriormente começou a significar servidão<sup>13</sup>.

Na Grécia antiga e em Roma, era comum o uso de escravos e os principais fatores que condenavam as pessoas a essa condição eram as dívidas e as guerras. As dívidas não pagas davam o direito ao credor de escravizar o devedor e quanto às guerras, o grupo perdedor era automaticamente considerado inferior e por isso os vencedores possuíam o controle sobre suas vidas e o direito de escraviza-los.

Em todos os momentos históricos em que a escravidão existiu, é possível perceber que mesmo que sua prática fosse legalizada, nunca houve de fato o respeito à dignidade humana ou aos conceitos de direitos humanos que estão em vigor atualmente.

Na Roma antiga, por exemplo, a condição jurídica do escravo se baseava no fato de que ele era uma coisa, um animal, um ser sem personalidade à disposição de seu proprietário. Era lhe suprimido o direito de constituir uma família e de possuir alguma espécie de patrimônio, conseqüentemente era proibido de deixar herança e também de ser proprietário de algo, credor ou devedor. O escravo não podia ser parte em juízo, porque o processo dizia respeito somente a homens livres. Quanto às agressões, ao sofrer algum tipo de lesão corporal provocada por terceiros, o direito de queixa competia a seu senhor (proprietário), porque era como se um objeto tivesse sido danificado. Além disso, se o escravo

---

<sup>13</sup> MELTZER, 2003, p. 16 e 17.



era abandonado, isso não lhe dava o direito à liberdade, ele se tornava algo sem dono e que qualquer homem livre podia apropriar-se<sup>14</sup>.

A condição dos escravos na Roma antiga, descrita anteriormente pelo autor José Carlos de Matos Peixoto não apresentou significativas mudanças ao longo dos séculos. Especificamente, na história do Brasil, a escravidão esteve presente desde a época da colonização, iniciada com os indígenas e atingindo seu auge durante o período colonial com o tráfico negreiro. Apesar de nos referidos momentos essa prática ser lícita, a degradação humana era o seu principal ponto em destaque.

Como esclarecido anteriormente, a principal característica da escravidão, tanto antiga quanto moderna, é a coisificação da pessoa, o escravo como uma propriedade, totalmente vulnerável às vontades de seu senhor. Os escravos possuíam motivos óbvios que justificavam suas revoltas, dentre eles, podemos citar três como principais e que ainda persistem, gerando o mesmo sentimento de revolta nas vítimas de escravidão contemporânea. O primeiro motivo é a falta de liberdade e o consequente aprisionamento, privando o ser humano de um de seus principais direitos. Em segundo lugar, não há benefícios com o próprio trabalho, não há satisfação pessoal, nem o recolhimento de frutos materiais, existe sempre a obrigação de obedecer as ordens de alguém e nunca opinar ou exercer influências sobre o que ocorre. Em terceiro e último lugar, qualquer equívoco é respondido com castigos corporais, além de sempre serem considerados disponíveis para relações sexuais, mesmo que contra suas vontades<sup>15</sup>.

Em 1888 ocorreu a abolição da escravatura no Brasil, mas infelizmente, esse fato não significou a erradicação do problema. Depois que se tornou uma atividade proibida, iniciou-se a vinda dos imigrantes europeus para o Brasil e quando chegavam ao país encontravam condições de trabalho análogas a de escravidão. Desde então, medidas protetivas foram criadas, principalmente pela ONU (Organização das Nações Unidas) e pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) tentando evitar ao máximo esse tipo de situação.

Dentre todas as convenções e acordos, destacam-se no combate ao trabalho escravo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,

---

<sup>14</sup> PEIXOTO, 1955 p. 255.

<sup>15</sup> ARAÚJO, 1999, p.152 e 153.

A Convenção 29<sup>16</sup> da OIT (1930) e a Convenção 105<sup>17</sup> também da OIT (1957). O artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”, o artigo 23, em seu inciso primeiro, prevê que qualquer pessoa tem o direito ao trabalho e à livre escolha desse determinado trabalho. Em seu inciso segundo versa que “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual” e em seu inciso terceiro discursa que “quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, por todos os outros meios de proteção social”.

A Convenção 29 da OIT foi ratificada pelo Brasil somente em 1957, ela obrigou todos os países membros a “suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas”. A Convenção 105 foi ratificada em nosso país no ano de 1965, ela versa em seu artigo 1º que todos os países que ratificaram a Convenção devem comprometer-se a erradicar qualquer forma de trabalho forçado ou obrigado e, não deve fazer uso dessas práticas “como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente”. Prevê também, nesse referido artigo, que o trabalho não deve ser utilizado “como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico” ou como uma forma de: disciplinar a mão-de-obra; punição por participação em greves; discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Apesar dos esforços dessas organizações e das normas nacionais individuais de cada país, o trabalho escravo ainda é um grande problema social. Assumiu novas formas e encontrou novas maneiras de burlar as leis. Atualmente, está intimamente ligado com os fluxos migratórios e com o sistema capitalista, ou seja, pessoas que possuem baixa renda estão sujeitos e mais vulneráveis a serem vítimas do trabalho escravo.

Quando se trata desse tema, as áreas rurais são merecedoras de grande atenção. O Brasil é um país com dimensões continentais e por esse motivo possui muitas regiões que são de difícil acesso. Por serem afastadas e na maioria das vezes utilizarem o trabalho manual como meio

<sup>16</sup> Disponível em < [http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/oit/convencoes/conv\\_29.pdf](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf)>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

<sup>17</sup> Disponível em < [http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/oit/convencoes/conv\\_105.pdf](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf)>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015.

de produção, facilita-se o uso do trabalho escravo ou situações análogas a ele. Muitos trabalhadores não possuem os seus direitos respeitados ou ficam à mercê das vontades do “patrão”. As regiões do norte e nordeste são as mais afetadas por esse problema, principalmente no estado do Pará, nas áreas onde há desmatamento, produção pecuária e produção de carvão vegetal<sup>18</sup>.

Alguns teóricos sociais consideram a escravidão contemporânea como um mero resíduo das práticas passadas e que ela será superada pelas novas relações trabalhistas regidas por contratos, mas os dados demonstram uma realidade diversa dessa<sup>19</sup>.

Especificamente quanto à escravidão de trabalhadores, estimativas da ONU confirmam que persiste. De acordo com a relatora especial das Nações Unidas, Gulnara Shahanian, que anunciou missão ao Brasil em 2009 para avaliar as suas formas contemporâneas, “existem no mundo aproximadamente 27 milhões de pessoas vítimas de trabalho escravo”, sendo 80% destes destinados a trabalho para agentes privados, ou seja, são milhares de pessoas, homens, mulheres e crianças ainda mantidos como escravos, ou em condições análogas a de escravos.

Registros oficiais da OIT sobre trabalho forçado também indicam que, em termos globais, 12,3 milhões de pessoas são vítimas dessa prática, sendo mais de 2,4 milhões vítimas de tráfico, 9,8 milhões explorados por agentes privados e 2,5 milhões forçadas a trabalhar pelo estado ou por grupos rebeldes militares. (SUGUIMATSU, 2009, p. 22).

Dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT) indicam que somente no Brasil, em 2002, existiam aproximadamente 25 mil pessoas submetidas à escravidão. Os dados utilizados para a análise dessa realidade não são precisos e nem facilmente atualizados, esse fato se deve pela natureza clandestina da atividade e pelo autoritarismo a que essas pessoas estão submetidas, elas dificilmente encontram uma maneira de escapar e denunciar seus opressores<sup>20</sup>.

Na Antiguidade, Aristóteles defendia que cada ser humano possuía a sua singularidade, por isso existiam aqueles que eram inferiores e os que

---

<sup>18</sup> JESUS, 2013, p.176.

<sup>19</sup> SUGUIMATSU, 2009, p.22.

<sup>20</sup> SUGUIMATSU, 2009, p.22.

eram superiores<sup>21</sup>. Partindo desse princípio, a escravidão se justificava e era algo natural. Em nossa atual sociedade, onde o discurso que se prega é a tolerância às diferenças e o respeito à dignidade humana, essa ideia é inconcebível. A escravidão contemporânea é um enorme problema social, ela está intimamente ligada com a violência, a desigualdade social, o preconceito, a marginalização de povos e praticamente todas as mazelas sociais. Certamente, podemos afirmar que ela é um atentando à humanidade, colocando milhares de pessoas em situações humilhantes e degradantes.

Além de todos os problemas supracitados, o trabalho escravo também está intimamente ligado ao tráfico de pessoas e à exploração sexual. Esses três conceitos confundem-se, porque não há estipulação de um limite certo entre eles. Quando ocorre o tráfico de um ser humano somente para fim de exploração sexual, é corriqueiro que essa pessoa fique sujeita a condições de trabalho e moradia análogas à escravidão. Ao mesmo tempo em que um indivíduo que é traficado somente para fim de trabalho escravo, ao chegar a seu destino final, se veja obrigado a prestar serviços sexuais para o seu opressor ou outras pessoas, já que o indivíduo nesse tipo de situação se encontra vulnerável e emocionalmente fragilizado.

## **5 O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E TRABALHO ESCRAVO**

O tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo teve seu início com o tráfico negreiro, mas se expandiu para fins de exploração sexual no final do século XIX, início do século XX com a vinda de imigrantes europeus para América do Sul. Durante esse período, mulheres europeias eram traficadas para trabalhar em bordéis, por isso foi uma época marcada pelo “tráfico de brancas”.

A exploração de mulheres nos negócios do sexo não era uma atividade nova pelos idos de 1900, mas havia adquirido uma nova caracterização à medida que o capitalismo e a expansão europeia haviam redesenhado o mundo e a vida urbana, promovendo a internacionalização dos mercados, a especialização dos fazeres e a expansão dos prazeres. A mulher, transformada em simples mercadoria, transformou-se em um dos produtos que a Europa exportou para outros continentes, em um novo tráfico de escravos – o das brancas

---

<sup>21</sup> ARISTÓTELES, 2002, p.18.

– tal qual ele ficou consagrado nas conferências e convenções internacionais na época realizadas. (MENEZES, 2001).

Ao analisar as atividades ilícitas mais rentáveis do mundo, o tráfico de pessoas ocupa a terceira posição, perdendo somente para o tráfico de armas e o de drogas<sup>22</sup>. Segundo os registros da UNODCO realizados no ano 2012, o tráfico para fins de exploração sexual em 2011, representava 52,5% das pessoas traficadas e o trabalho escravo, 34,4%<sup>23</sup>.

Nesse momento, por serem termos muito parecidos e facilmente confundidos, é necessária a distinção entre os conceitos de tráfico, contrabando e migração. A migração, basicamente, é quando algum indivíduo se desloca de um país para outro. Ela pode ocorrer legalmente ou ilegalmente e de forma voluntária ou forçada. O contrabando ocorre quando uma pessoa é transportada de maneira ilegal para outro país, mas nesses casos sempre há o consentimento da pessoa e a consciência das consequências que esse ato pode gerar<sup>24</sup>.

O conceito do tráfico de pessoas para fins de exploração e trabalho escravo, objeto principal de estudo, é muito complexo, porque esse problema se mostra de diversas maneiras. Segundo o Ministério da Justiça, a prática caracteriza-se pelo recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas para fins de exploração<sup>25</sup>. O procedimento é feito de várias maneiras e na maioria das vezes os traficantes utilizam o meio da violência e da grave ameaça para coagir a vítima, além disso, são comuns também os casos de fraudes, denominadas de falsas promessas.

Existem outras diversas definições sobre essa modalidade de tráfico e elas se assemelham. De acordo com o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o Fundo das Crianças (UNICEF) e a Organização Internacional de Migração (IOM) o tráfico de pessoas se dá com o recrutamento, transporte, transferência ou abrigo de alguém, pelo uso da força, ameaça, abdução, fraude, coerção ou abuso do poder, com a finalidade de que o indivíduo exerça o trabalho forçado, ou seja, escravidão e servidão (incluindo a servidão por dívidas ou trabalho afiançado)<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> BORGES, 2013, p.18.

<sup>23</sup> BORGES, 2013, p.18 e 19.

<sup>24</sup> GAATW, 2006, p. 32.

<sup>25</sup> Ministério da Justiça, 2013, p.7.

<sup>26</sup> GAATW, 2006, p.27.

O Relator Especial da ONU sobre Violência Contra Mulher também define o tráfico de pessoas como a locomoção de alguém para fins de trabalho forçado. Além disso, inclui as práticas da venda, obtenção, hospedagem ou receptação das pessoas traficadas como um crime. Com essa atitude, todas as pessoas que estão envolvidas no processo do tráfico, desde o início até sua consumação são criminalizadas, a intenção é facilitar a prevenção e a punição desses atos<sup>27</sup>.

Outra definição de bastante relevância é a prevista no artigo 3º do Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulher e Criança (Protocolo de Palermo), criado pela ONU e promulgado pelo Brasil no ano de 2004, atualmente é ela que prevalece em nosso país. O referido artigo discorre que:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos<sup>28</sup>.

Além dessa definição, o Protocolo de Palermo esclarece dois pontos, o primeiro deles é que o consentimento dado pela vítima será irrelevante, nos casos em que o tráfico ocorra em conformidade com qualquer tipo de exploração descrito acima. Em segundo lugar “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados ‘tráfico de pessoas’”, independentemente de envolver ou não qualquer tipo de

---

<sup>27</sup> GAATW, 2006, p. 27.

<sup>28</sup> Decreto nº 5.017, de 12 de março 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm). Acesso em: 06 de março de 2015.

exploração anteriormente citada. Nesse caso, o termo criança é utilizado para qualquer pessoa com menos de dezoito anos de idade<sup>29</sup>.

Após análise e reflexão, é visível a semelhança entre os conceitos supracitados. Todos eles fazem menção ao uso da violência, coerção, fraude e engano. Isso se deve ao fato de que existe na sociedade um imaginário sobre o tráfico de pessoas que se difere do que ele realmente é. Quando falamos sobre o assunto, é comum a associação somente com a violência e o sequestro. Esses fatores normalmente ocorrem, mas também é muito comum que o indivíduo vá até o local que em que será explorado por vontade própria, porque foi vítima de fraude e confiou nos aliciadores.

Como foi dito anteriormente, esse tipo de tráfico está intimamente ligado com a desigualdade social, por esse motivo, normalmente, as vítimas que são traficadas são oriundas de países pobres e sonham com a possibilidade de construir um futuro melhor. Os aliciantes se aproveitam desses fatos e ao entrar em contato com a vítima, fazem propostas falsas de trabalho em outras cidades ou países. O tráfico e a influência – do aliciador – se dão no primeiro contato com a vítima e se perpetuam.

A Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, adotada em Genebra em 1956 e promulgada pelo Brasil no ano de 1966, define a servidão por dívidas em seu artigo 1º como:

a) A servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida;

b) a servidão isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa e a fornecer

---

<sup>29</sup> Decreto nº 5.017, de 12 de março 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm). Acesso em: 06 de março de 2015.

a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição<sup>30</sup>.

A maioria das pessoas traficadas se encontram em situação de servidão por dívidas. Esse fato ocorre quando as vítimas chegam ao seu destino final e são informadas pelos traficantes que possuem dívidas em consequência das despesas da viagem, sendo assim, são obrigadas a trabalhar para quita-las. Na realidade, esse débito que deveria diminuir, só aumenta ao longo do tempo, porque o aliciante fornece moradia, transporte, alimentação, entre outros suplementos. A vítima nesse momento está vulnerável e fragilizada emocionalmente e para quitar as referidas dívidas, se submete a situações de trabalho desumanas e inaceitáveis, mas os traficantes sempre arranjam novas despesas, mantendo a pessoa que foi traficada sob seu controle<sup>31</sup>.

Existem diversos fatores geradores do tráfico de pessoas, dentre eles podemos citar: a pobreza e o desemprego; estratégias de desenvolvimento de países pobres; situação de conflito armado; discriminação baseada em gênero; leis e políticas sobre migração e prostituição; corrupção das autoridades; crime organizado; práticas culturais e religiosas; globalização da economia<sup>32</sup>. Todos esses fatores estão interligados e não existe algum que influencie mais do que o outro para a consolidação do tráfico humano.

O tráfico internacional de seres humanos está inserido no contexto da globalização, com a agilização das trocas comerciais planetárias ao mesmo tempo em que se flexibiliza o controle de fronteiras. Juntamente com o movimento de mercadorias, há um incremento da migração global. São milhões de pessoas em constante movimentação, em busca de melhores oportunidades de trabalho e de vida. (JESUS, 2003, p. 14).

O tráfico humano, apesar de atingir a todos os gêneros, a maioria de suas vítimas são do sexo feminino. Esse fato deixa explícita a discriminação baseada em gênero, porque as mulheres desde que nascem carregam estigmas. A sociedade impõe papéis que as mulheres devem desenvolver e atender as expectativas, além disso, carregam o peso da sexualidade desde

<sup>30</sup> Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Promulga a Convenção Sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 156. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58563-1-junho-1966-399220-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 08 de março de 2015.

<sup>31</sup> GAATW, 2006, p. 31.

<sup>32</sup> GAATW, 2006, p. 38.



a infância, concretizando inúmeros casos de abuso infantil. Esse grupo é subestimado, tanto em países desenvolvidos e subdesenvolvidos, por isso quando se encontram na posição de traficadas, não são consideradas vítimas, mas sim responsáveis pela sua situação<sup>33</sup>.

O consentimento da vítima se torna um fato de extrema relevância para a qualificação do tráfico, porque se não houve violência ou fraude, significa que a pessoa está em busca de condições melhores de vida e realizando o mesmo trabalho que exercia em seu país de origem<sup>34</sup>. As políticas de migração veem no tráfico de pessoas uma desculpa para barrar a entrada de estrangeiros no país. Dessa maneira, ao invés de combaterem a problemática, só incitam a xenofobia e realçam o sexismo<sup>35</sup>.

Outro fato, que contribui muito para a não erradicação do tráfico humano, são os governos corruptos de diversos países. É comum que essas autoridades facilitem o processo do tráfico. Diversas pessoas que já foram traficadas revelam as práticas de suborno entre oficiais e traficantes com a finalidade de cruzar fronteiras<sup>36</sup>

As agendas e planos de ação, elaboradas atualmente pelas diversas convenções e decretos, referem-se a algumas questões estratégicas para a erradicação desse problema. Primeiramente deve-se encarar o problema como um fenômeno multidimensional e multifacetado que atinge os ordenamentos políticos, socioeconômicos, jurídicos e psicológicos. Essa é uma realidade tanto no âmbito nacional quanto internacional, as pessoas que se encontram em situação de traficadas, são exploradas tanto nas atividades sexuais quanto em trabalhos forçados, constituindo assim, a escravidão. Além da complexidade do problema, também deve ser levado em conta a dificuldade de sua visibilidade, por estar relacionado com o crime organizado e outros tipos de corrupções, o mapeamento dos locais onde o tráfico se desenvolve e o contato com as vítimas ocorrem em menor frequência do que deveriam, assim trazem à tona as fragilidades dos sistemas governamentais, que se mostram ineficazes nesse combate. Outra barreira notável para o enfrentamento desse fenômeno é que mesmo com as convenções e protocolos e internacionais existentes, cada país possui uma legislação específica que versa sobre o assunto, dificultando o regulamento específico e unificado sobre a temática. No caso do Brasil, o diálogo e debate sobre a questão do consentimento da vítima é essencial,

<sup>33</sup> GAATW, 2006, p.39.

<sup>34</sup> BORGES, 2013, p.30.

<sup>35</sup> BORGES, 2013, p.22.

<sup>36</sup> GAATW, 2006, p. 43.

porque, como já foi explanado, a nossa atual legislação coloca em situação de vítima traficada qualquer pessoa que exerça a prostituição fora do país, tornando algumas vezes os resultados dos estudos não tão eficientes <sup>37</sup>.

Os fatos citados acima revelam a complexidade do problema e o desafio que é o seu enfrentamento. A conscientização da sociedade não deve ser só sobre o tráfico de pessoas em si, porque ele é um tema que abrange outras infinitas problemáticas. Sendo assim, antes da tentativa de erradicação do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, devem ser combatidos, por exemplo, a desigualdade social, o machismo, o preconceito, as formas de trabalho escravo, a exploração sexual em todas as suas facetas, dentre outros. Deve-se primeiro reconhecer e compreender o fenômeno como um todo, para posteriormente enfrenta-lo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fatos expostos ao longo desse trabalho afrontam os direitos humanos. O tráfico de pessoas viola em todos os sentidos possíveis a Declaração Universal dos Direitos Humanos, porque o indivíduo que é traficado para fins de exploração sexual e trabalho escravo perde o seu direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. É mantido num regime de escravidão ou servidão e é submetido a um tratamento cruel, desumano e degradante. Perde o seu direito à liberdade de locomoção e à livre escolha de emprego, além de não possuir condições justas e favoráveis de trabalho.

A discussão sobre o assunto deve ser insaciável, por causa de sua realidade multidisciplinar, abrangendo temas desde a prostituição até a corrupção de autoridades governamentais. É visível e comprovada a lucratividade mundial que essa atividade gera, fazendo-nos compreender o porquê da persistência de sua existência, mesmo com normas internacionais e nacionais extremamente articuladas e rigorosas sobre o assunto.

Por esses motivos, podemos afirmar que o problema está longe de ser erradicado em sua totalidade. A realidade é que milhares de pessoas convivem e precisam lidar com essa realidade todos os dias e, infelizmente, são invisíveis para a sociedade. Homens, mulheres, crianças, transexuais, todas as diversidades de seres humanos são vítimas de tráfico e diariamente

---

<sup>37</sup> LEAL, 2001, p. 176.

possuem as suas vidas roubadas, diante da mercantilização das pessoas vulneráveis ao tráfico de pessoas para fins de exploração.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Sônia Regina Rebel de. **A visão dos letrados sobre rebeliões de escravos no mundo romano**: uma abordagem semiótica de fontes literárias. 1999. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói. 1999.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

BASSIOUNI, Cherif M. **Tráfico de Mulheres e crianças para fins de exploração sexual**. In: Colóquio Internacional do Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, 2002.

BONJOVANI, Mariane Strake. **Tráfico internacional de seres humanos**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004. (Série perspectivas jurídicas).

BORGES, Paulo César Corrêa. A tutela penal dos direitos humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 134, p. 82-88, 2012.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013 (Série: “Tutela Penal dos Direitos Humanos”) n. 3.

BRASIL. Código Penal, 1940. 1940.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Relatório nacional sobre tráfico de pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011**. Brasília: Ministério da Justiça. 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948. Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 08 de fevereiro de 2015.

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Lei Federal nº 8.069, de 13-07-1990. Imprensa oficial: CONDECA.

FIGUEIREDO, Karina; BOCCHI, Shirley B. **Violência sexual: um fenômeno complexo**. UNICEF, 2010.

GAATW, Aliança Global Contra Tráfico de Mulheres. **Direitos humanos e tráfico de pessoas: um manual**. Rio de Janeiro, 2006.

IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 9ª edição, 2001.

JESUS, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças: Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEAL, Maria Lúcia Pinto. **Globalização e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Save the Children, 2003.

\_\_\_\_\_. O tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial. **Revista Ser Social**, n. 8, p. 171-186, 2001.

MELTZER, M. **História ilustrada da escravidão**. Rio de Janeiro: Ediouro. 2003.

MENEZES, Lená Medeiros. **Processos imigratórios em uma perspectiva histórica: um olhar sobre os bastidores**. 2001. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/migracoes/migr04.htm>>. Acesso em: 07 de março 2015.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Haddad Editores, 1955.

SHECARIA, Sergio Salomão; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O tráfico internacional de mulheres e crianças**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/11780-11780-1-PB.htm>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2015.

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. Condições de Existência Digna, Direitos Mínimos do Trabalhador e o Paradoxo do Trabalho Escravo ou em Situação Análoga a de Escravidão. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, n. 62, p. 2009.

# DUMPING SOCIAL, O DESRESPEITO AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DE OFÍCIO

## *SOCIAL DUMPING, THE DISRESPECT TO THE SOCIAL LABOUR VALUE AND THE CONDEMNATION EX OFFICIO POSSIBILITY*

Giovanna Assef Pastori\*

Lourival José de Oliveira\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Conceituação do tema “Dumping Social”. 2 Diferenciação básica entre Dumping Social e Dano Moral Coletivo. 3 A responsabilidade civil e reparação. 4 Da Destinação dos Valores da Indenização. 5 O Dumping Social no Cenário Internacional: a Cláusula Social, a Organização Mundial do Comércio e a Organização Internacional do Trabalho. 6 Teses contrárias a condenação de empresas ao pagamento de indenização pela prática de Dumping Social. 7 A atuação de ofício do juiz. 8 Os prejuízos gerados à sociedade. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho abordou a prática ilícita denominada de dumping social nas relações de trabalho. Analisou a possibilidade de aplicação de indenização de ofício pelo juiz ao verificar a referida prática irregular por parte da empresa. Dentre as várias consequências, a conduta descrita suprime direitos trabalhistas em prol do lucro e gera a concorrência desleal. Dentre vários objetivos da presente pesquisa destacaram-se a conceituação do tema, a apresentação dos prejuízos causados aos trabalhadores, à sociedade e à economia, como também a legitimação e o dever do magistrado da aplicação de sanções e processos individuais, ainda que não fazendo parte do pedido formulado. Foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais onde foram abordadas criticamente várias vertentes doutrinárias. Constatou-se que a condenação pela prática de dumping social diz respeito à proteção dos direitos sociais. Concluiu-se que os direitos fundamentais e os objetivos da República devem ser respeitados e que as empresas que se utilizam das práticas ilegais nominadas de dumping social devem ser condenadas de ofício por estarem contrariando os princípios constitucionalmente consagrados na ordem econômica. Foi utilizado o método dedutivo para elaboração da pesquisa.

**Palavras-chave:** concorrência desleal; dumping social; proteção aos direitos sociais.

**ABSTRACT:** *The present work deals with the illegal practice known as social dumping in labor relations. It analyzed the possibility of application of legal compensation by the judge when verifying said irregular practice by the company. Among the various consequences, the conduct described suppresses labor rights for profit and generates unfair competition. Among several objectives of the present research, the conceptualization of the subject, the presentation of the damages caused to the workers, the society and the economy, as well as the legitimization and the duty of the magistrate of the application of sanctions and individual processes stood out, although not being part of the request made. Bibliographical and jurisprudential research was carried out where several doctrinal aspects were critically approached. It was found that the conviction for the practice of social dumping concerns the protection of social rights. It was concluded that the fundamental rights and objectives of the Republic must be respected and that companies that use illegal practices known as social dumping should be condemned ex officio because they are*

\* Graduada no Curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada.

\*\* Doutor em Direito das Relações Sociais PUC-SP; Professor Titular do Programa de Mestrado da Universidade de Marília. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina; Advogado em Londrina.

*contrary to the principles constitutionally enshrined in the economic order. The deductive method was used to elaborate the survey.*

**Keywords:** *unfair competition; Social dumping; Protection of social rights.*

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo trata do denominado dumping social nas relações de emprego. De maneira bastante objetiva, pode ser conceituado como o ato de uma empresa sistematicamente desrespeitar direitos trabalhistas com o intuito de auferir vantagem econômica sobre as demais empresas, ocasionando uma concorrência desleal.

No momento em que a empresa se utiliza da supressão de direitos trabalhistas para diminuir seus custos de produção acaba prejudicando não apenas os trabalhadores diretamente atingidos como também a sociedade e o princípio da livre concorrência, trazendo como consequência direta para as relações de trabalho, cabendo citar, a sua crescente desvalorização.

A repressão a essa conduta dever ser feita da melhor maneira possível, considerando que a sua prática prejudica sobremaneira o alcance das finalidades contidas no artigo 3º da Constituição Federal.

A escolha do tema justifica-se pela sua atualidade como também pela necessidade de amplitude tanto na sua conceituação como na imposição de penalidades quando constatada referida prática.

Identificado o objeto e apresentadas as justificativas, o presente artigo procurou responder alguns questionamentos, sendo os principais deles: o que é Dumping Social no âmbito nacional? Pode a condenação a indenização pela prática ser arbitrada de ofício pelo juiz? Há fundamentação na legislação vigente capaz de embasar tal condenação?

Para responder a tais questionamentos, a pesquisa prendeu-se à conceituação da prática de dumping social, a atuação do poder judiciário em coibi-la, como também aquilatar os danos produzidos para a sociedade.

A investigação do tema proposto e a exposição dos dados obtidos na etapa da pesquisa basearam-se no método dedutivo. Foram utilizadas como fonte de informações análises de legislações, decisões judiciais, posições doutrinárias dentre outros meios.

## **1 CONCEITUAÇÃO DO TEMA “DUMPING SOCIAL”**

A palavra “dumping” vem da língua inglesa. O verbo ‘to dump’ significa jogar fora, desfazer-se; o substantivo ‘dump’ pode significar

lixeira, entulho, depósito de lixo e finalmente o gerúndio, ‘dumping’, pode conter o significado de rebaixar algo a condição de lixo, desprezar.

A expressão dumping é um termo que, originalmente, possui natureza econômica e é utilizado para caracterizar ações praticadas por empresas no âmbito internacional, que se utilizam da prática de redução de seus preços a patamares bem inferiores ao da concorrência ou de seus preços no mercado interno com o fito de eliminar a concorrência.

Conceituando o Dumping na esfera econômica, Andréa Wolffenbüttel (2015, p.01) define, no site do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), da seguinte maneira:

Dumping, de uma forma geral, é a comercialização de produtos a preços abaixo do custo de produção. Por que alguém faria isso? Basicamente para eliminar a concorrência e conquistar uma fatia maior de mercado. A definição oficial desse termo, que ao pé da letra significa liquidação, está no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (Gatt, das iniciais em inglês), documento que regula as relações comerciais internacionais.

A rigor, o dumping diz respeito às vendas ao exterior, mas ele também pode acontecer no mercado interno. Os dumpings ocorrem, normalmente, em duas situações. A primeira é quando determinado setor recebe subsídios governamentais e, por isso, consegue exportar seus produtos abaixo do custo de produção. Um exemplo bastante conhecido são os subsídios concedidos aos agricultores da Europa e dos Estados Unidos, que frequentemente prejudicam as vendas brasileiras ao exterior. A segunda situação é quando alguma empresa decide, como estratégia, arcar com o prejuízo das vendas a preços baixos para prejudicar, ou até mesmo eliminar, algum concorrente.

No Brasil, houve suspeita de que grandes cadeias estrangeiras de supermercado praticaram dumping para tirar do mercado estabelecimentos menores.

Os casos de dumping no comércio internacional são resolvidos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), que condena severamente essa prática. As ocorrências dentro de um dos países devem ser resolvidas por alguma instância de defesa da concorrência. No Brasil, esse órgão é o Cade. [CADE é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica].

Essa conduta tem sido preocupação da Organização Mundial do Comércio e vem sendo reprimida por meio das sanções previstas em acordos internacionais.

Já a prática do chamado Dumping Social, tema apresentado por este artigo, refere-se à mesma prática de redução de preços com a finalidade de eliminar ou obter vantagens em relação à concorrência. No entanto, tal redução de preços é feita com base na redução ou extinção de direitos trabalhistas, considerados Direitos Sociais Fundamentais, os quais existem para assegurar minimamente uma vida digna aos trabalhadores enquanto seres humanos.

O “dumping social” é uma conduta reiterada, inescusável, institucionalizada, calculada e agressiva de uma empresa, que desrespeita as normas trabalhistas com o único objetivo de majorar os lucros.

Tal conduta reflete-se na sociedade, prejudicando, inclusive, o projeto apresentado pela Constituição Federal, refletindo-se ainda no sistema econômico capitalista vigente que condena a prática de concorrência desleal. Ademais, a empresa ignora sua obrigação constitucional de efetivar a função social da propriedade, a função social do contrato e a função social da empresa e, finalmente de prezar pela dignidade humana.

Segundo Eveline de Andrade Oliveira e Silva, em 1788 na França, um banqueiro mencionou a possibilidade de abolição do descanso semanal do trabalhador com o intuito de auferir vantagens, foi então a primeira vez que se fez presente a prática do tema aqui apresentado, Dumping Social. A autora segue dizendo que alguns países europeus já na primeira metade do século XIX, visando evitar a concorrência internacional desleal, adotaram padrões internacionais de trabalho para garantir direitos e inviabilizar disputas entre as nações. (OLIVEIRA E SILVA, 2014)

As preocupações internacionais com o zelo pelos direitos dos trabalhadores e com o comércio internacional fizeram com que os países se empenhassem em produzir normas que deveriam ser adotadas por todos. Tais preocupações culminaram na assinatura do Tratado de Versalhes, onde nasceu a Organização Internacional do Trabalho.

O Dumping Social no âmbito interno apresenta-se pelos mais diversos meios. As empresas podem se utilizar da contratação sem anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, contratação mediante cooperativa fraudulenta ou contratação irregular de avulsos e a não concessão de Equipamentos de Proteção Individual. Jorge Luiz Souto



Maior, Ranúlio Mendes Moreira e Valdete Souto Severo (2014, p. 75), em sua obra coletiva citam outros exemplos.

[...] Sistemático atraso no pagamento de salários; sistemática despedida sob alegação de justa causa sem o pagamento sequer das verbas incontroversas; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e sem o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento do FGTS; não pagamento as verbas resilitórias; prática de repasse sistemático de mão de obra mediante terceirizações ilícitas; não concessão de férias, não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde; prática de assédio moral coletivo no ambiente de trabalho.

Tais mecanismos são extremamente prejudiciais não apenas ao trabalhador diretamente atingido como também toda a sociedade, que arcando com os desdobramentos dessa prática.

## **2 DIFERENCIAÇÃO BÁSICA ENTRE DUMPING SOCIAL E DANO MORAL COLETIVO**

O dano moral coletivo é um dano extrapatrimonial que não pode ser quantificado em pecúnia e que não se vincula unicamente a um sofrimento psíquico, não se exigindo o abalo subjetivo das pessoas atingidas.

A tutela desses interesses transindividuais refere-se a bens e valores de natureza não-patrimoniais pertencentes a uma classe, categoria de sujeitos, pluralidade de pessoas, determinada ou indeterminada da coletividade que foram violados.

A aplicação do dano moral coletivo, além de sua natureza pedagógica-preventiva, busca a reparação da ordem e dos interesses difusos e coletivos atingidos.

Para sua configuração é necessária a conduta antijurídica, a ofensa a direitos extrapatrimoniais fundamentais de uma coletividade, a repercussão social e o nexos causal existente entre a conduta ilícita e o dano causado à coletividade.

O dano social, portanto, é gênero, do qual derivam as espécies, dano moral coletivo, que tem natureza jurídica de dano extrapatrimonial coletivo causado pelo ato ilícito e o “Dumping Social”, que tem natureza jurídica de dano material coletivo (mensurável ou não), ocasionado também

por ato ilícito, sendo, pois, perfeitamente cumuláveis, ainda que derivados do mesmo ato. (SOUTO MAIOR, MOREIRA, SEVERO, 2014, p.60)

O dano moral coletivo e o Dumping Social se diferenciam principalmente porque o primeiro é dano extrapatrimonial e pode ser verificado em diversas áreas do ordenamento jurídico, como, por exemplo, no caso de uma empresa que engana seus consumidores (direito consumerista) pode ser condenada ao pagamento de uma indenização por dano moral coletivo, no caso de uma empresa degradar o meio ambiente (direito ambiental) pode ser condenada pelo dano moral coletivo que ocasionar, ou mesmo no caso de desrespeito a direitos dos trabalhadores.

Por outro lado, o Dumping Social é um dano patrimonial, na maioria das vezes imensurável, e somente pode ser verificado no âmbito do direito trabalhista. É uma conduta praticada por empresas que retira ou minimiza direitos pertencentes aos trabalhadores com a finalidade única de majoração dos lucros, afetando o trabalhador, a sociedade e a economia.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E REPARAÇÃO**

Condutas que prejudicam injustamente interesses alheios e afetam a organização da sociedade clamam por uma resposta do judiciário, que deve se utilizar das normas jurídicas existentes para reparar o dano gerado, responsabilizar o infrator e recompor o equilíbrio na sociedade.

Deve-se preservar moral e patrimonialmente o indivíduo e a coletividade portadores de direitos lesados com obrigatoriedade de condutas e aplicação de efetivas sanções contra quem quer que cause dano injusto a terceiro (também chamado delito civil ou ato ilícito).

É esse dever jurídico de reparar o dano causado injustamente a terceiro que se denomina responsabilidade civil.

Como a responsabilidade civil busca a estabilidade social e o equilíbrio, este conceito se mostra bastante dinâmico, tendo em vista que a sociedade está em constante evolução e que a tutela jurisdicional aos indivíduos e a coletividade tem aumentado continuamente, devido às conquistas históricas que foram se acumulando e passando a integrar direitos fundamentais com a finalidade de proteção e respeito à pessoa humana. Dentre esses direitos que evoluem ressaltam-se os direitos coletivos.

Portanto, diante da efervescência desses novos interesses transindividuais, e da correlata visualização de inéditos

e graves conflitos sociais, inequivocamente novas configurações de danos injustos passaram a ter relevância. E as coletividades de pessoas, como titulares desses direitos, alcançaram a possibilidade de reivindicar proteção e tutela jurídica, principalmente no que tange à reparação das lesões verificadas, o que traduz, de maneira clara, a vocação expansiva do sistema da responsabilidade civil. (MEDEIROS NETO, 2007, p.122)

O dano social causado pelo conjunto de condutas reiteradas de rebaixamento de direitos sociais e trabalhistas com o objetivo único de aferir lucros exorbitantes pode ser considerado um novo tipo de dano. Atinge o patrimônio material e moral do indivíduo ao passo que diminuiu a qualidade de vida digna do trabalhador direto e prejudica indiretamente toda a sociedade.

Tais condutas, que não são apenas antijurídicas, mas sim ilícitas, geram tamanho dano que é extremamente necessário reprimi-las. Torna-se também necessário que seja reconhecida a responsabilidade pelo dano social causado e que ele seja reparado. O meio indenizatório proposto para isso possui naturezas diversas.

Natureza punitiva, para reprimir a conduta inconstitucional; natureza reparatória, para indenizar a sociedade que foi prejudicada; natureza pedagógica, como forma de servir de lição para que o descumprimento de normas não seja um “bom negócio”; e natureza dissuasória, no sentido de buscar dissuadir condutas futuras, prevenir, orientar para que não sejam repetidas.

Pode-se fazer um paralelo aqui com a figura externa do chamado “punitive damages”, ou indenização punitiva, que se refere a indenizações arbitradas de ofício pelo juiz designando valores que ultrapassam o simples ressarcimento do dano, valores mais elevados cujo objetivo é a punição da empresa para que ela não repita o fato causador do dano.

#### **4 DA DESTINAÇÃO DOS VALORES DA INDENIZAÇÃO**

A questão que segue ao reconhecimento da responsabilidade e da necessidade de indenização refere-se à destinação do valor arbitrado. Em análise de diversas decisões judiciais observa-se que não há uma regra quanto à destinação a ser dada aos valores resultados de condenações pecuniárias.

Ainda que o reconhecimento do dano social geralmente se dê no âmbito de ações individuais, não parece ser a opção mais apropriada

a destinação ao reclamante dos valores da indenização pelo dano social causado em decorrência da prática do dumping social.

Ainda que não seja a opção mais adequada, existem alguns julgados que arbitraram um valor relativamente baixo e o reverteram ao trabalhador que ajuizou a ação individual. No entanto, a proposta apresentada pelos defensores da ampliação da condenação pecuniária por dumping social é no sentido de extrapolar os danos sofridos individualmente por aqueles que diretamente foram lesionados.

E ainda, de forma contrária, se arbitrados baixos valores, todo objetivo da aplicação da condenação se desfaz uma vez que, provavelmente, o infrator pagará a indenização sem maiores problemas e permanecerá com a mesma prática.

Assim, defende-se a proposta que o valor da indenização deve ser revertido a um fundo de amparo aos trabalhadores ou, melhor ainda, deve ser revertido a instituição comprovadamente idônea, que possuam como finalidade combater diretamente ou indiretamente a referida prática ilícita.

Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes Moreira e Valdete Souto Severo, propõe ainda outra alternativa que seria: “formação de um fundo judicial, em conta a disposição do juízo, para pagamento dos processos arquivados com dívida na unidade judiciária respectiva.” (SOUTO MAIOR, MOREIRA, SEVERO, 2014, p.133)

O posicionamento é bastante plausível tendo em vista que o dano causado pela empresa atingiu, em primeiro plano, trabalhadores e a criação deste fundo serviria para o pagamento de outros trabalhadores que comprovadamente também tiveram seus direitos desrespeitados.

## **5 O DUMPING SOCIAL NO CENÁRIO INTERNACIONAL: A CLÁUSULA SOCIAL, A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

Diferentemente do que ocorre no âmbito interno, quando se trata do âmbito externo afirma-se que o dumping social ocorre quando a redução dos preços dos produtos resultam do fato de as empresas produtoras construírem suas fábricas em países onde não são observados os direitos trabalhistas.

Existindo esta “vantagem” os custos sociais da mão-de-obra são reduzidos, o que viabiliza uma sensível diminuição no preço da produção

mas, ao mesmo tempo, coloca em xeque as condições laborais, podendo contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana.

É clara a concorrência desleal daí decorrente. As demais empresas instaladas em locais onde são observadas as normas trabalhistas jamais conseguirão competir com aquelas outras. Por esta razão sofrem as consequências do chamado dumping, enfrentando altos índices de desemprego interno e a perda de parcela do mercado em função das enormes diferenças de preço de seus produtos em comparação àqueles produzidos em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, onde as condições mínimas de trabalho não são respeitadas, possibilitando assim a redução do valor da mão de obra.

Para solução desse problema são apresentadas as mais variadas opções. Entre elas cita-se: a **flexibilização das normas**, (prejudicial em termos sociais) e que definitivamente não teria sucesso. A título de exemplo:

A flexibilização tem causado enorme antipatia por parte da população destes países a exemplo da França que ao tentar implementar um decreto que permitiria às empresas contratarem jovens-aprendizes abaixo do salário mínimo, numa tentativa de desregulamentação e flexibilização, reuniu em 48 horas multidões que fizeram o governo revogar a medida, deixando claro para o mundo que os direitos sociais são “intocáveis”. (KAWAY, VIDAL, 2015, p. 04)

Também a argumentação em favor de uma **melhoria das condições internacionais de trabalho** (principalmente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento) visando tanto a proteção da economia interna quanto por razões humanitárias de defesa dos direitos humano, sendo que essa hipótese tem obtido apoio de parte dos estudiosos do assunto.

Os países com legislações mais avançadas têm insistido na retórica de defesa dos direitos sociais, buscando mobilizar órgãos internacionais como a Organização Mundial do Comércio, criando uma pressão para que sejam inseridos nos tratados as chamadas “cláusulas sociais” e reivindicando medidas efetivas contra o dumping social, fundamentando tal pedido na prática de concorrência desleal no comércio internacional.

A cláusula social serviria para fixar direitos e condições mínimas nas relações de trabalho. O conteúdo desta cláusula faria alusão apenas às condições de trabalho e não aos valores dos salários.

A cláusula social é a tentativa de inserção de uma cláusula no âmbito das regras multilaterais de comércio que tenha como conteúdo padrões trabalhistas mínimos. A cláusula

social pode apresentar uma forma negativa e outra positiva. A forma negativa se dá na proibição de importação de produtos, na medida em que prevê a aplicação de sanções ao país exportador de produtos que não obedece as condições mínimas de trabalho estabelecidas. A forma positiva, por sua vez, ocorre na possibilidade de condições mais favoráveis no comércio internacional aos países que obedecem os padrões trabalhistas estabelecidos. (KAWAY, VIDAL, 2015, p. 09)

A cláusula social seria uma ligação do comércio internacional com a proteção dos direitos humanos.

Com a criação da Organização Mundial do Comércio, alguns países como Estados Unidos, França e Noruega tentaram colocar o tema em discussão, mas não obtiveram êxito pois outros países não tinham interesse que essa temática fosse abordada pela Organização, argumentando que a competência e responsabilidade para tal assunto era da Organização Internacional do Trabalho.

O problema que surge é o fato da OIT não ter poderes sancionatórios, fazendo com que suas decisões tenham menos eficácia.

Conforme se depreende do próprio preâmbulo da Constituição da OIT, os principais objetivos de sua criação foram o de melhorar as condições de trabalho e eliminar injustiças existentes:

Preâmbulo da Constituição da OIT: “Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos

esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. As altas partes contratante, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, visando os fins enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho.’ (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO)

Ainda que praticamente todos os países membros das Nações Unidas façam parte da OIT, nem todos ratificaram todas as convenções. Quando um país não ratifica uma Convenção tal norma não se aplica no direito interno, tornando-se, desta forma, ineficaz naquele território. Uma grande crítica feita por alguns às Convenções refere-se a sua rigidez e dificuldade de adequação à legislação trabalhista interna dos países. Contudo, o grande problema parece estar, conforme mencionado anteriormente, no fato da OIT não possuir poder para sancionar Estados infratores.

Os países têm posicionamentos muito distintos quanto a implantação da cláusula social. Para aqueles que possuem legislações trabalhistas mais desenvolvidas e rígidas, a manutenção de condições precárias de trabalho em países em desenvolvimento é uma forma de dumping social e, por conseguinte, de concorrência desleal no comércio internacional. Os países que possuem legislações brandas são capazes de ofertar produtos com valores inferiores, considerando que seus custos são menores produzindo assim, na maioria das vezes o chamado trabalho indigno.

Outra alegação proveniente dos países com legislações mais rígidas e protetoras refere-se ao fato de que esse dumping social gera desemprego interno, fundamentando assim a inclusão de cláusulas sociais nos contratos internacionais.

Em contrapartida, os países subdesenvolvidos, países em desenvolvimento e algumas empresas de países desenvolvidos advogam argumentos contrários a adoção das cláusulas sociais em contratos

internacionais, logicamente defendendo interesses próprios que na maioria das vezes se resumem à busca da elevação dos lucros.

## **6 TESES CONTRÁRIAS A CONDENAÇÃO DE EMPRESAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE DUMPING SOCIAL**

São diversas as críticas existentes quanto a condenação de empresas no cometimento de Dumping Social. Dentre elas, as que se mostraram mais relevantes são:

**A) ausência de pedido e condenação extra petita** - críticos da teoria alegam que quando um indivíduo isoladamente ajuíza uma reclamatória trabalhista contra determinada empresa e não pede a condenação por danos sociais ou, por dumping social, o juiz não poderia condenar a empresa a tal ônus, pois estaria indo contrário à legislação, no sentido de que é vedado proferir sentenças extra petita, que é aquela em que o juiz julga além daquilo que está sendo pleiteado pelas partes.

Defende-se aqui que o juiz não só pode como tem o dever de visualizar a repercussão social do caso e sentenciar de maneira a atingir não só o indivíduo de forma singular e sim toda sociedade que sofre com as costumeiras práticas da empresa. Como ilustrado na ementa abaixo.

INDENIZAÇÃO POR "DUMPING SOCIAL". Tendo a reclamada agido de forma reiterada e sistemática na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas, o entendimento referente à indenização por dano social é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda. Dessa forma, afigura-se razoável, diante da situação verificada nos autos, que a reclamada seja condenada ao pagamento de indenização a título de dumping social (TRT 4ª Região, 2011)

Entretanto, ainda que algumas decisões venham aderindo a essa corrente, existem outras que são avessas e usam como principal argumento contrário à condenação a ausência de pedido expresso pela parte, explicando que tal ato afrontaria o princípio dispositivo.

**B) ausência de fundamentação legal para a condenação** - crítica bastante recorrente afirma que não há legislação específica que legitime a condenação pela prática de dumping social. Tal alegação não se sustenta uma vez que há uma extensa gama de normas vigentes que interpretadas conjuntamente fundamentam a condenação.



No Código Civil existem previsões expressas nos artigos 186 e 187 que afirmam que aqueles que agem violando direitos, causando dano a outros ou excedendo os limites do fim econômico, social ou costumeiro de seu direito cometem ato ilícito. Sendo assim, é possível construir um raciocínio partindo da ideia de que a ação ilegal e abusiva da empresa que desrespeita legislação trabalhista é um ato ilícito, esse ato ilícito gera uma responsabilidade civil decorrente do dano causado à sociedade e portanto o autor do ato deve ser punido e o dano reparado.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170, diz que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a existência digna de todos conforme os ditames da justiça social. Desse dispositivo pode-se extrair que a livre iniciativa está vinculada ao valor social do trabalho e que a economia deve respeitar os ditames da justiça social.

Além disso o mesmo artigo 170 inciso III e o artigo 5º inciso XXIII da Constituição dispõem sobre a função social da propriedade e na mesma linha o artigo 421 do Código Civil estabelece a liberdade de contratar, que deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Fazendo uma análise das normas da legislação brasileira se pode perceber que existem diversos dispositivos espalhados pelo ordenamento e que, se considerados conjuntamente, fundamentam tanto a condenação à indenização pela prática de Dumping Social quanto à possibilidade de tal condenação ser imposta de ofício pelo juiz, senão vejamos: na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 citam-se os artigos 1º incisos III e IV, artigo 5º inciso XXXV e artigo 170; no Código Civil citam-se os artigos 186, 187, 404 parágrafo único, 421, 422, 927, 944 e 1228 parágrafo 1º; no Código de Processo Civil cita-se o artigo 461-A parágrafos 4º e 5º; na Consolidação das Leis do Trabalho, os artigos 8º, 9º, 652, 652-D e 832 parágrafo 1º; na Lei nº 12.529 de 2011, os artigos 36, 37, 39 e 45; cita-se ainda o enunciado da Anamatra, e por último, o Projeto de Lei nº 1615 de 15 de junho de 2011 que é específico quanto ao tema.

São várias as normas de diferentes campos do direito que devem ser observadas em conjunto a fim de que se monte um raciocínio linear e lógico no sentido de fundamentar medidas que tenham como finalidade a eliminação de ações ilícitas de determinadas empresas que vêm se valendo de estratégias econômicas abusivas para obter uma potencial vantagem em detrimento de outras empresas, desajustando todo o

modelo econômico vigente e gerando sensível rebaixamento da condição social dos trabalhadores.

**C) suprimento do princípio do contraditório** – outro argumento bastante utilizado para rebater a tese da condenação seria o de que traria uma mitigação ao princípio do contraditório, porque antes da condenação o fato não teria sido devidamente discutido e não lhes foi devidamente garantida à possibilidade de apresentação de defesa.

Neste sentido a ementa do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA . Ainda que tenha por finalidade reprimir práticas abusivas do empregador, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social, impróprio é o deferimento, de ofício, da indenização por dumping social, seja por não encontrar previsão na legislação processual, seja por afrontar os artigos 128 e 460 do CPC e, ainda, por impedir que a empresa exerça o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, consagrado pelo art. 5º, LIV e LV. Recurso de revista conhecido e provido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO. JORNADA INVARIÁVEL. SÚMULA Nº 338, III, DESTA CORTE. Diante da delimitação do eg. Tribunal Regional de que os cartões de ponto juntados pela reclamada são imprestáveis como meio de prova, por apresentarem ora jornada invariável ora ínfimas variações, demonstrando a jornada britânica, não há como se afastar a aplicação da Súmula nº 338, III, desta Corte. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. A quantia estabelecida como indenizatória (R\$ 15.000,00) guarda pertinência com o dano sofrido pelo empregado, tem o condão de compensar o sofrimento da vítima e de inibir a reiteração da prática pela reclamada, bem como se pautou na capacidade econômica da reclamada. Observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há justificativa para a intervenção deste Tribunal Superior. Recurso de revista não conhecido. (Destacou-se). (TST, 2014)

Opondo-se a essa crítica, os defensores da aplicação da condenação afirmam, com razão, que na condenação não há nenhuma “surpresa” para a empresa. O que fundamenta a condenação é fato conhecido da empresa e que a levou à Justiça do Trabalho inúmeras outras vezes, resultando em

diversas vezes. O fato já foi amplamente discutido em diversas demandas, razão pela qual não existe qualquer justificativa ou fundamento para a supressão ao direito ao contraditório.

**D) alteração do caráter individual da demanda** - Outros alegam que a condenação não seria possível pois alteraria o caráter individual da ação, que passaria a ser coletivo.

RECURSO ORDINÁRIO. DUMPING SOCIAL. Embora seja atualmente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a possibilidade de acolhimento do dano coletivo decorrente de dumping social, é inegável que a titularidade é da coletividade, ou seja, não pode ser postulado - ou deferido - em ações individuais. (TRT 1ª, 2012)

Entretanto, os procedimentos formais não podem ser rígidos o bastante a ponto de restringir o objetivo maior da entrega efetiva da tutela jurisdicional à sociedade. Caso uma demanda individual evidencie grave lesão coletiva, a tutela deve ser prestada pelo Estado-Juiz, independentemente de questões ligadas ao formalismo, independentemente da natureza da demanda.

E mais ainda quando tal lesão faz parte dos direitos trabalhistas em que a parte atingida é composta por trabalhadores considerados hipossuficientes.

O Direito do Trabalho forja-se coletivamente e regula uma relação socialmente relevante. O que parece uma contradição, na verdade constitui condição de complementariedade. O indivíduo que trabalha, o faz em um ambiente de trabalhadores, numa sociedade que se movimenta a partir da relação que se estabelece entre capital e trabalho. Por consequência, todo conflito individual será também um conflito coletivo, com decorrências coletivas. A despedida de um trabalhador, por exemplo, não será apenas um problema individual, mas uma questão social. (SOUTO MAIOR, MOREIRA, SEVERO, 2014, p.130)

O Procurador do Trabalho Raimundo Simão de Melo (MELO, 2015, p. 03) finalizando um artigo sobre a coletivização de ações individuais afirma:

A tutela coletiva é um portentoso instrumento de cidadania e de acesso democrático à função jurisdicional, porque busca combater as causas, enquanto que tutela individual usa toda a máquina estatal apenas pelos efeitos. A tutela coletiva

vislumbra novos tempos sobre a prestação jurisdicional, cujos aprimoramento e implementação dependem dos legitimados coletivos e do Poder Judiciário, requerendo-se de todos uma mudança de mentalidade para se romper as amarras do processo individual e passar para as formas coletivas de atuação.

Portanto, é necessário que haja o rompimento da dicotomia demanda individual versus demanda coletiva, principalmente no Direito do Trabalho, em que problemas individuais, na grande maioria das vezes, relacionam-se diretamente a uma questão social.

Tais críticas, sem dúvida nenhuma, são interessantes e muito válidas para enriquecer o debate. Contudo, devem ser analisadas com ressalvas diante da prioridade maior que obrigatoriamente deve ser investida na proteção do trabalho humano e da vida digna dos trabalhadores.

## **7 A ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ**

Muito ainda se discute quanto ao poder de atuação de ofício do juiz no caso da condenação de empresas ao pagamento de indenizações pelo cometimento do Dumping Social. É esse o ponto de maior divergência quando se trata do assunto.

Um dos argumentos mais enfatizados por aqueles agentes do direito que são contrários à condenação de ofício pelo juiz, é o fato de que o magistrado não poderia agir sem que a parte tenha feito tal requisição uma vez que estaria indo contra o princípio dispositivo.

Inúmeras sentenças que condenaram empresas pela prática de Dumping Social, chegaram ao tribunal e foram reformadas, excluindo-se da condenação a indenização pela prática fundamentando-se tal exclusão na ausência de pedido da parte.

Ementa: RECURSOS DE REVISTA. DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA 1. A Constituição Federal garante aos litigantes em processo judicial o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF). 2. Nos termos do art. 128 do CPC, o Juiz deverá decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, para cujo conhecimento a lei exige a iniciativa das partes. 3. Acórdão regional que condena a

empregadora , de ofício , ao pagamento de indenização por dumping social, não obstante a ausência de pedido e de oportunidade para a parte expor suas razões em contraditório e exercer a ampla defesa, viola a ordem constitucional vigente, bem como extrapola os limites da lide. 4. Recursos de revista das Reclamadas de que se conhece e a que se dá provimento (TST. 2015).

Da análise do caso concreto, diferentemente da caudalosa corrente jurisprudencial, que não é nem mesmo razoável que tivesse a parte feito o pedido. O empregado que ajuizou a ação sequer tem dimensão do dano que seu empregador gera à sociedade, faltando-lhe condições para o conhecimento da extensão que as condutas desrespeitosas alcançam, ele apenas percebeu o dano que lhe estava sendo causado e por isso ajuizou a reclamatória. Ademais, o valor da indenização, em tese, sequer será revertido para ele.

É o juiz, e apenas ele que, por exemplo, levando em conta o número de demandas idênticas, que poderá mensurar a extensão dos danos produzidos que sentencia diariamente em face da mesma empresa. É o juiz que tem as ferramentas necessárias para analisar o caso concreto e definir se a empresa meramente descumpriu leis em algumas ocasiões esparsas ou se a empresa sistematicamente desrespeita direitos sociais trabalhistas para obter vantagem econômica excessiva em relação à concorrência.

“Trata-se tão somente de admitir que o juiz tem o dever de atuar no processo utilizando-se do ordenamento jurídico vigente de sorte a conferir-lhe máxima eficácia” (grifo nosso). (SOUTO MAIOR, MOREIRA, SEVERO, 2014, p.126 e 127)

É necessário que o Estado-Juiz faça uma reanálise de determinadas práticas trabalhistas no intuito de perceber a agressão que determinadas empresas vêm praticando em face de Direitos Sociais. A partir de então deve o Juiz, a fim de garantir o cumprimento do ordenamento e tutelar o patrimônio material e moral do cidadão trabalhador e de toda a sociedade, agir, baseando-se sempre no conjunto normativo instaurado que tem como importante fundamento os Direitos Humanos Fundamentais.

[...] a) norma que defina direito ou garantia fundamental, à qual refere o parágrafo 1o do art. 5o do texto constitucional, é, evidentemente, dotada de vigência e de eficácia jurídica (eficácia jurídica, aqui, no sentido que à expressão é atribuído por José Afonso da Silva); b) esta norma é de ser aplicada imediatamente – os particulares devem cumpri-la; o Estado

tem o dever de torná-la prontamente exequível, impondo seu cumprimento – razão pela qual, se a tanto acionado o Poder Judiciário, estará compelido a conferir-lhe efetividade jurídica ou formal; c) além desse momento colocam-se os da efetividade material (que corresponde ao da eficácia social, no sentido que à expressão é atribuído por José Afonso da Silva) e da eficácia (no sentido que ao vocábulo é atribuído pela doutrina mais recente).

Assim, ao cogitarmos do tema da aplicação imediata das normas em questão, sustentamos que aos particulares incumbe prontamente cumpri-las e ao Estado, em especial ao Poder Judiciário, cumpre prontamente torná-las exequíveis, conferindo-lhes efetividade jurídica ou formal. (GRAU, 2010 p.324)

A partir do momento em que o judiciário não é capaz de entregar à sociedade uma prestação jurisdicional efetiva, eficaz, vê o seu poder diminuído:

O judiciário não pode ficar inerte diante de tal situação, pois o simples desrespeito a preceito legal de ordem pública, gera descontentamento e prejuízo social, uma vez que o Estado passa a despender longo tempo, esforço e numerário para decidir centenas de ações idênticas, pela violação dos mesmos preceitos legais, por uma mesma empresa, e, as vezes, em face do mesmo trabalhador, fazendo cair em descrédito várias instituições do Estado, inclusive o Estado-Juiz. (SOUTO MAIOR, MOREIRA, SEVERO, 2014, p.93)

A sociedade deve ser protegida por todos os meios possíveis e admitida em direito, sem maiores indagações.

## **8 OS PREJUÍZOS GERADOS À SOCIEDADE**

Não é difícil perceber os prejuízos que são gerados à sociedade decorrentes das reiteradas práticas de desrespeito aos direitos trabalhistas. Em uma análise mais atenta percebe-se que não é apenas o trabalhador direto da empresa que é atingido pela delinquente conduta das empresas praticantes do dumping social.

As condutas também atingem a sociedade, prejudica a todos os brasileiros, além é claro, de prejudicar a economia no momento em que desrespeita a livre concorrência no mercado e prejudica os principais

objetivos da nossa República Federativa previstos no artigo 1º da Constituição Federal.

É exemplo do desrespeito perpetrado pela empresa com a sociedade quando ela não recolhe o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de seus empregados. A princípio o prejuízo aparentemente é apenas do trabalhador, que quando for dispensado será surpreendido com o fato de não ter nenhum valor depositado em conta vinculada a seu nome.

No entanto, é a partir do FGTS que diversas políticas públicas, de utilidade de todos, são viabilizadas. O próprio seguro-desemprego, é financiado com valores do fundo.

O FGTS também é o responsável por vários financiamentos de obras referente à melhoria do saneamento básico e de obras para a construção de moradias populares.

O modelo da atual Política Nacional da Habitacional está alicerçado sobre dois subsistemas: de habitação de interesse social, do qual fazem parte o FGTS, com financiamentos onerosos, o FNHIS (Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social), com recursos não onerosos, além de outros fundos; e o subsistema de financiamento de habitação de mercado, formado por recursos de cadernetas de poupança e mercado de capitais (Ministério das Cidades, 2004a).

[...]

Entre os programas implementados encontra-se o Saneamento Ambiental Urbano, cujo objetivo é a ampliação da cobertura e melhoria da qualidade dos serviços de saneamento ambiental. O financiamento de tal programa é feito com recursos não onerosos (Orçamento Geral da União - OGU) e onerosos, do FGTS e FAT, além de fundos internacionais.

[...]

Entre as várias modalidades de empréstimos habitacionais, as operações de apoio à produção, as realizadas com as Cohabs e as associativas são as que mais geram empregos. (O FGTS CONVÊNIO MTE, 2015)

O alcance do dano se estende de tal maneira que atinge toda a comunidade e deve ser, de alguma forma, reparado.

Outro ponto que segue a mesma linha de raciocínio, em que aparentemente o afetado é apenas o trabalhador, mas que atinge a sociedade, refere-se aos recolhimentos previdenciários.

Quando o empregador deixa de fazer os recolhimentos previdenciários toda sociedade é atingida uma vez que é o recolhimento previdenciário que custeia a Seguridade Social, ou seja, os aposentados de hoje recebem suas aposentadorias porque a população economicamente ativa recolhe mensalmente valores destinados a previdência. Ademais, os recolhimentos previdenciários também financiam serviços de saúde pública.

Outros exemplos poderiam aqui ser citados no sentido de demonstrar a gravidade do problema e a necessidade da busca de meios processuais e materiais para viabilizar a proteção à sociedade sempre que o dano provocado extrapolar a pessoa daquele que está diretamente prejudicado.

## CONCLUSÃO

Conceitua-se dumping social como sendo a conduta do empregador de reduzir seus preços a patamares inferiores com o objetivo de eliminar ou obter vantagens em relação à concorrência. Quanto se trata do dumping praticado nas relações de trabalho, tal prática se dá por meio de redução ou extinção de direitos trabalhistas, direitos estes considerados Direitos Sociais Fundamentais conquistados com o objetivo de garantir vida digna aos trabalhadores.

A condenação de empresas ao pagamento de indenização por Dumping Social é uma prática que vem sendo adotado por alguns tribunais. É a condenação de empresas que se utilizam de supressão/extinção de direitos trabalhistas para reduzir seus custos de produção e que acabam praticando concorrência desleal. Essa condenação se dá no bojo de reclamações individuais em que o magistrado vislumbra um dano que se estende à toda sociedade.

O pagamento dessa indenização apresenta-se como uma forma de coagir empresas a se adequarem às normas trabalhistas, já que pequenas indenizações individuais àqueles que ingressam com reclamação são insuficientes para incentivar as empresas a cumprir os direitos trabalhistas legalmente assegurados. Além disso, a indenização tem também a função sancionatória, pedagógica e preventiva, evitando que a conduta permaneça.



A condenação por Dumping Social não é benéfica somente ao empregado que ingressou com a reclamatória mas a toda classe trabalhadora daquela empresa, que passa a ver seus direitos respeitados, atendendo assim os princípios da utilidade e economicidade processual.

Essa condenação encontra ampla fundamentação em diversas legislações espalhadas, o que possibilita a atuação de ofício pelo magistrado já que ele tem o poder-dever que resguardar a Constituição e não pode permanecer inerte ao constatar tamanha afronta a direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho digno. Também, a não atuação implicaria em desrespeito aos princípios contidos em especial no artigo 170 da Constituição Federal.

No que se refere ao plano internacional, o dumping social ocorre quando empresas montam suas fábricas em países com a legislação mais branda, objetivando unicamente reduzir o custo da produção. Por consequência dessa prática, países com legislação rígida perdem mercado consumidor em função dos preços mais elevados e sofrem com o desemprego.

A presente pesquisa apresentou ainda alguns importantes argumentos utilizados por aqueles que são contrários à condenação de ofício de empresas pelo cometimento de Dumping Social como a ausência de pedido da parte e consequente condenação *extra petita*, suprimimento do contraditório, alteração do caráter individual da demanda e impossibilidade de atuação de ofício já que seria função do Ministério Público do Trabalho a defesa de interesses difusos e coletivos.

Procurou-se demonstrar que a parte não tem condições fáticas de perceber a extensão do dano causado pelo empregador e, por esse motivo, é impossível que ela apresente como pedido da reclamatória a condenação da empresa ao pagamento de indenização por Dumping Social.

Ademais, em uma interpretação conjunta da legislação, percebe-se que o juiz está autorizado a agir de ofício nestes casos de reiterado desrespeito à direitos fundamentais e à Constituição, a fim de resguardá-los.

Para concluir, é importante lembrar que o tema apresentado neste artigo é assunto relativamente novo nas discussões justas trabalhistas e é também extremamente controverso. Certamente tal instituto deve ser aplicado com imensa cautela, quando muito evidente a reiterada agressão às normas trabalhistas a total desconsideração de seu papel social enquanto empresa na busca da efetivação dos objetivos da República.

Entende-se que ainda que considerados todos argumentos contrários previamente apontados por aqueles que não estão de acordo

com a aplicação do dumping social, a questão deve ser aprofundada pelos juristas e estudiosos do direito.

## REFERÊNCIAS

Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia) Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. Disponível em: <<http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cláusula%20Social.pdf>>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. **Coletivização das ações individuais no âmbito da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/reflexoes-trabalhistas-coletivizacao-acoes-individuais-ambito-justica-trabalho>>. Acesso em: 03 de maio de 2015.

O FGTS Convênio MTE – DIEESE, 2007. Disponível em: [http://www3.mte.gov.br/observatorio/sumario\\_2009\\_TEXTOV11.pdf](http://www3.mte.gov.br/observatorio/sumario_2009_TEXTOV11.pdf) Acesso em: 5 de maio de 2015.

SILVA, Eveline de Andrade Oliveira e. **A cláusula social no direito internacional contemporâneo**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3558/3/EVELINE.pdf>> Acesso em: 9 de novembro de 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2014.

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 1266003720095010054, da 8ª Turma, Rio de Janeiro, RJ, 18 de dezembro de 2012.

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 0131000-63.2009.5.04.0005, da 1ª Turma, Porto Alegre, RS, 08 de junho de 2011.

Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 10329820125150156, da 6ª Turma, Brasília, DF, 09 de abril de 2014, DEJT de 15 de abril de 2014.

WOLFFENBUTTEL, Andréa. **O que é? - Dumping**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23)>. Acesso em: 28 de janeiro de 2015.



# O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES NA INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

## *THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH AND THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY BRANCH: LIMITS ON THE INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES OF DISTRIBUTION OF HIGH COST MEDICINES*

Silvana Mara Queiroz Bessa\*

Simone Coêlho Aguiar\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A judicialização da política para a efetivação do direito social à saúde. 2 O direito social à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 3 Limites da atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas de saúde de distribuição de medicamentos de alto custo. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** A efetividade do direito à saúde depende, muitas vezes, da participação ativa do Poder Judiciário que atua como garantidor dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, tem-se como escopo analisar os limites dessa atuação com foco nas determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos de alto custo não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde – SUS. Outrossim, examina-se se essa intervenção fere o princípio da igualdade, uma vez que este processo acaba por comprometer as políticas públicas de saúde vigentes, além de criar privilégios não extensíveis a todos. A metodologia caracteriza-se como em um estudo descritivo-analítico, de natureza qualitativa, desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e documental, verificando algumas jurisprudências. A partir da pesquisa empreendida, conclui-se que embora a intervenção do Poder Judiciário seja necessária e legítima para garantir o direito à saúde diante da inefetividade do texto constitucional, é preciso observar as políticas públicas de saúde já existentes, o princípio da reserva do possível e os escassos recursos públicos. Além disso, esse agir do Poder Judiciário deve considerar parâmetros técnicos que auxiliem nas suas decisões, observando, ainda, que a judicialização de medicamentos não incorporados ao SUS em demandas individuais seja apreciado como uma exceção em consideração ao princípio da igualdade.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Atuação do Poder Judiciário. Judicialização da saúde. Medicamentos de alto custo.

**ABSTRACT:** *The effectiveness of the right to health often depends on the active participation of the Judiciary Branch that acts as an safeguard of fundamental social rights in the Democratic State of Law. In this context, the scope of this study is to analyze the limits of this action focusing*

\* Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016). Graduada em direito pela Universidade de Vila Velha/ES (2012). Advogada na área de direito de família. Pesquisadora na área de direito constitucional, com ênfase em políticas públicas de saúde.

\*\* Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2015 - ). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2012). Especialista em Direito e Processos Administrativos pela UNIFOR (2009). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC (2002). Professora de Cursos de Especialização em Direito da UNIFOR, e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Consultora Técnica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

**Como citar:** BESSA, Silvana Mara Queiroz; AGUIAR, Simone Coêlho. O Direito social à saúde e a atuação do poder judiciário: limites na intervenção em políticas públicas de distribuição de medicamentos de alto custo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 381-400, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

*on the determinations to the Public Administration to provide high cost medicines that are not included in the Unique Health System – UHS list. It also examines whether this intervention violates the principle of equality, since that this process ends up compromising already existing public health policies, as well as creating privileges that can not be extended to all. The methodology is characterized as a descriptive-analytical study, of qualitative nature, developed through a bibliographical and documentary research, verifying some jurisprudence. Based on the research undertaken, it is concluded that although the intervention of the Judiciary Power is necessary and legitimate to guarantee the right to health due to the ineffectiveness of the constitutional text, it needs to observe existing public health policies, the principle of the reserve of possible and the allocation of scarce public resources. In this sense, this action of the Judiciary Branch must consider technical parameters to support its decisions, noting also that the judicialization of drugs not incorporated in the UHS in individual demands must be appreciated as an exception in consider of the principle of equality.*

**Keywords:** *Right to health. Acting of the Judicial Branch. Judicial interference on health. High cost medicines.*

## INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional como a saúde tem gerado um forte debate acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos. Trata-se de um direito fundamental social, de caráter reconhecidamente subjetivo, e que exige um agir positivo por parte do Estado, que o faz por meio de políticas públicas. Sob essa ótica, vale realçar a posição do Supremo Tribunal Federal - STF (2000) quando, no bojo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, afirma que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”.

Nesse contexto, Batista Júnior (2011, p. 277) observa que o Estado Democrático Social de Direito pode ser compreendido como “um Estado humanista que se norteia pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que firma a ideia de que qualquer ser humano é dotado de direitos cuja proteção justifica a existência do próprio Estado”.

De outra parte, é notória a realidade brasileira de acentuada desigualdade social, inclusive na seara da saúde. Por conseguinte, esse direito, para ser materializado, precisa, muitas vezes, da intervenção do Poder Judiciário. Nessa toada, a problemática em exame se centra nos limites dessa atuação tanto nas políticas públicas de saúde existentes como naquelas ainda não implementadas.

É mister não perder de vista que faltam investimentos e estrutura por parte do Poder Público para a efetivação dos direitos fundamentais de natureza social como à saúde. Todavia, também não se pode desconsiderar,

como bem salienta Aguiar e Hissa (2015, p. 136), que há escassez tanto de recursos públicos como humanos para a concretização desse direito. Percebe-se, portanto, que existem inúmeros desafios das mais diversas ordens a serem superados.

A partir dessas constatações, por meio da presente pesquisa, analisam-se os limites da atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde em face das determinações à Administração Pública para que esta forneça medicamentos de alto custo que não se encontram incorporados à lista do Sistema Único de Saúde - SUS. Além disso, examina-se se tal intervenção fere o princípio da igualdade, uma vez que essa atuação contempla tão somente as demandas individuais, criando de certa forma alguns privilégios não extensíveis a todos.

Assim, para se alcançar os objetivos acima listados, a pesquisa utiliza-se da seguinte metodologia: estudo descritivo-analítico, de natureza qualitativa, desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e documental, analisando-se algumas jurisprudências.

No primeiro tópico, aborda-se a judicialização da política para a efetivação do direito social à saúde como legítima quando respeitados os limites constitucionais e institucionais desse instrumento, sem deixar de apontar os problemas que o excesso dessa judicialização pode acarretar.

Em seguida, evidencia-se que o direito social à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi consagrado como um direito fundamental, e, por ser um direito reconhecido pela jurisprudência do STF como subjetivo, passa a ser legítima a judicialização da saúde nas demandas individuais, embora se observe que há controvérsias a respeito do caráter prestacional desse direito, em virtude da dependência de políticas públicas estatais, sem olvidar a possibilidade de ajuizamento de demandas coletivas como um instrumento mais apropriado para o caso.

Por fim, estudam-se os limites de atuação do Poder Judiciário ao se judicializar à saúde, observando-se a existência do mínimo existencial, bem como o princípio da reserva do possível e o princípio da igualdade.

Nesse panorama, a ideia central a ser desenvolvida, portanto, consiste em reconhecer a existência de um direito fundamental à saúde, o qual depende da participação ativa do Estado para ser concretizado, bem

como a atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas de saúde, a qual deve estar amparada em certos limites técnicos e legais.

## **1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o processo de restauração da democracia, o Poder Judiciário passou a desempenhar um papel ativo nas questões designadas à política nacional. Nesse contexto, o tema vem sendo discutido tanto pela ciência jurídica, quanto pelas ciências sociais e políticas, haja vista a participação ativa da jurisdição constitucional em debates políticos e morais de grande complexidade. Com efeito, em países em que o processo de democratização chegou tardiamente, como é o caso do Brasil, foi necessário haver essa ampliação da atividade jurisdicional constitucional para a garantia da democracia e dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição.

Nessa perspectiva, comenta Barroso (2011, p. 275) que esse fenômeno não é uma particularidade do Brasil, tendo em vista que, após o final da Segunda Guerra Mundial, nos países ocidentais, em sua maioria, a justiça constitucional passou a intervir na esfera da política majoritária (realizada pelo Executivo e Legislativo) com a finalidade de garantir os direitos fundamentais e o sistema democrático.

Assim, a jurisdição constitucional começou a exercer um controle sobre a legislação produzida, intervindo cada vez mais na política para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Outrossim, houve uma mudança de direção no campo de atuação da política das vias clássicas, tendo em vista o grande descontentamento da sociedade com os fatores sociais e políticos da época. Sob essa ótica, explicam Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 40):

Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fê, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon [...].



A partir disso, portanto, é possível inferir que a judicialização da política pode ser compreendida como um fenômeno social, haja vista a maior participação da sociedade (ampliação dos mecanismos de participação jurisdicional), na busca de seus direitos, especialmente, do direito fundamental social à saúde. Isso ocorre, como bem defende Liberato (2010, p. 45), porque a sociedade passa a depositar uma confiança no Poder Judiciário e, assim, entende que essa instituição é o local apropriado para discutir as novas realidades sociais, aumentando consideravelmente a judicialização.

Sob essa ótica, comenta Moraes (2011, p. 160, grifos do autor): “a conflituosidade que se enfrenta não estaria posta perante os Tribunais, posto ausente das preocupações sociais em uma *sociedade ótima*”. Essa questão complexa advertida pelo autor retrata a importância desse instrumento (judicialização da política) para garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Contudo, é importante pontuar, de acordo com Moreira (2010, p. 203), que o excesso de judicialização pode provocar questionamentos quanto à “responsabilidade daqueles que cuidam da aplicação constitucional, em diferentes esferas, do texto da Constituição”.

Depreende-se, do entendimento acima exposto, que há uma acentuada dificuldade em diferenciar, de um lado, o teor jurídico e político da questão a ser decidida pelos Tribunais e, de outro, certas posições individuais por parte de alguns juízes. Nessa angulação, menciona-se, conforme Streck (2010, p.94), que a imbricação do caráter político-pessoal em algumas determinações das Cortes, sob o argumento de efetivar conteúdos constitucionais, como o direito fundamental social à saúde, pode refletir uma atitude protagonista sem o devido comprometimento com texto constitucional.

Nesse contexto, observa-se que muito embora essa atuação do Poder Judiciário caminhe na direção de um constitucionalismo democrático, exercendo um controle sobre a legislação produzida, intervindo cada vez mais na política, a fim de garantir o cumprimento dos conteúdos constitucionais, as decisões judiciais não devem ser fundamentadas em construções de caráter político pessoal. Sobre isso, esclarece Streck (2010, p. 29) que a “sentença não é um ato de vontade do juiz”, pois a sua interpretação não deve ser aquilo que o magistrado julgar mais conveniente em termos pessoais.

Além do mais, em respeito ao Estado Democrático de Direito, a judicialização da política para a concretude do direito fundamental

social à saúde é, antes de tudo, um instrumento que vincula o Poder Judiciário, quando provocado a se pronunciar via tutela jurisdicional, e decorre de um dever institucional determinado pelo poder originário (BARROSO, 2011, p. 276).

Com efeito, não se pode deixar de constatar que é desafio de um Estado Democrático Social de Direito cumprir, de modo satisfatório, os conteúdos inseridos nas normas constitucionais, além de ser capaz de gerar inclusão social em tempos tão difíceis de exclusão econômica.

Noutro giro, de acordo com Bonavides (2004, p. 131), “toda legitimidade em matéria constitucional é mais política que jurídica”, e, nesse sentido, o intérprete, na defesa da Constituição e da concretização dos direitos fundamentais sociais, tem a responsabilidade político-institucional não apenas com o princípio da separação dos poderes, ou com a vontade das maiorias, mas com todos os valores democraticamente assentados, principalmente com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto princípio orientador desses direitos.

## **2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

O direito à saúde encontra-se entre os direitos sociais positivados no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>1</sup>, e foi consagrado como um direito fundamental, sendo dever do Estado proporcionar por meio de políticas públicas, prestações satisfatórias de saúde. Nessa toada, o texto constitucional vigente assegurou, por intermédio do seu artigo 5º, §1º<sup>2</sup>, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Ocorre que o direito à saúde - o qual integra os direitos sociais e, de fato, está condicionado a prestações positivas por parte do Poder Público - sofreu críticas quanto à sua fundamentalidade, além de resistência na aceitação dessa tese. Conforme argumenta Sarlet (2011, p. 280), isso aconteceu devido a problemas relacionados à falta de eficácia e de aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

---

<sup>1</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

<sup>2</sup> “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988).

Nessa ordem de ideias, Sarlet e Figueiredo (2009, p. 30) explicam que a saúde assume uma dupla fundamentalidade, tanto material e como formal:

A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida - e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade -, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Já a fundamentalidade formal decorre do direito constitucional positivo [...].

Outrossim, Silva (2009, p. 768) reconhece que todos os seres humanos devem ter condições preventivas de saúde e, nos casos de doenças, tratamentos eficazes de acordo com a ciência médica atual. Além disso, adverte que o não cumprimento dessa norma traz o entendimento de que o direito plasmado na Constituição Federal, qual seja, “saúde é um direito de todos e um dever do Estado”, não tem muito valor para a sociedade à qual é dirigida.

Cabe registrar, de acordo com Sarmento (2010, p. 177), que a Constituição da Federal de 1988, elaborada com a participação de uma sociedade civil e uma “Assembleia Constituinte livre e democrática”, recebeu a denominação “Constituição Cidadã” porque assumiu uma grande responsabilidade com os direitos humanos, e contemplou, em sua amplitude, os direitos fundamentais, inclusive a garantia de uma vida com dignidade. Nesse aspecto, inclui-se uma vida com saúde e reflete o compromisso político-social dessa Constituição Cidadã.

De outra forma, a ideia de que o direito à saúde como direito fundamental está alicerçada na dignidade humana decorre da fraternidade ou solidariedade e deve nortear as relações sociais em um Estado Constitucional Democrático (LOPES, 2010, p. 55). Nessa direção, sustenta Piovesan (2010, p. 54) que o princípio da dignidade humana estabelece um critério e constitui um padrão valorativo que serve para orientar a interpretação da jurisdição constitucional.

Assim, o direito fundamental social à saúde está intimamente relacionado com uma vida digna. O homem passa a ser possuidor de um bem, isto é, de ter condições mínimas de saúde para viver com dignidade, e desse direito decorre uma responsabilidade que pode ser compartilhada

entre o possuidor, a sociedade e o Estado. Nesse sentido, esclarece Moreira (2010, p. 187):

[...] ao afirmar, no texto constitucional, a dignidade humana, o constituinte buscou colocar o ser humano como credor de 'bens' necessários para que ele alcance uma vida digna como pessoa, isto é, como ser concreto, individual, racional e social. A busca desses 'bens' estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa.

Ainda sob essa ótica, é importante analisar que sendo a dignidade da pessoa humana suporte para um Estado Constitucional, esse princípio passa a ser o núcleo de uma ordem jurídica constitucional que serve de fundamento para todos os direitos fundamentais. A partir disso, esclarece Lopes (2010, p. 74) que, em razão desse princípio, o direito social à saúde deverá ter um conteúdo mínimo exigível para a garantia de uma vida digna.

No entanto, a questão central que emerge é: saber o que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como padrão mínimo para a concretização do direito à saúde. Em outras palavras, que prestações de saúde poderão ser exigidas judicialmente tendo como parâmetro o mínimo existencial a fim de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana?

Barcellos (2011, p. 323) afirma não ser possível que a sociedade brasileira seja mantenedora de qualquer prestação de saúde que esteja disponível no mercado. E, graças à evolução da medicina, são muitas as técnicas preventivas e curativas no intuito de salvaguardar uma melhor qualidade de vida. Contudo, por mais que não se possa negar a esperança de cura ao cidadão, é inviável ao sistema público de saúde brasileiro “oferecer e custear” a todos, as constantes inovações de saúde<sup>3</sup>. Ainda, adverte a autora que o cidadão não encontrará amparo jurídico para pleitear por qualquer prestação de saúde em determinados casos.

Destacam Mendes, Coelho e Branco (2012, p. 678) que a discussão a respeito da atuação direta do Poder Judiciário na realização desses direitos sociais se refere especialmente ao seu caráter prestacional. Isso ocorre porque parte da doutrina defende a ideia de que os direitos sociais são normas programáticas, isto é, dependem da elaboração de políticas públicas para que possam ser exigidas.

---

<sup>3</sup> Não obstante fuga ao escopo deste artigo, registra-se a relevância da análise econômica no direito como método interpretativo, sobretudo, quanto se debate gastos públicos e políticas públicas de saúde. Nesse sentido, acerca da temática em questão, sugere-se a leitura de obras dos seguintes autores: Ronald H. Coase (2016), Richard Posner (1998) e Decio Zilbersztajn e Rachel Sztajn (2005).

Ademais, Sarlet (2011, p. 291) esclarece que as normas programáticas possuem um caráter de generalidade e isso comporta dificuldades no recorte do seu conteúdo. Por isso, o autor defende que todas as normas inseridas na Constituição que tenham cunho programático reclamam do legislador medidas para que possam gerar a plena eficácia dos seus efeitos.

Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF (2007), no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393175/RS, que apesar das divergências doutrinárias acerca da tutela judicial do direito à saúde (por depender de políticas públicas), a interpretação do artigo 196 da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup> não se resume a uma norma programática descaracterizada de normatividade, e a inércia dos poderes representativos na concretização dessa política de saúde retrataria a falta de compromisso com a coletividade.

Com efeito, diante da fundamentalidade dos direitos sociais, as normas programáticas não devem ser analisadas apenas como meros programas estatais, elas exigem um agir positivo e efetivo por parte do Estado, por meio de políticas públicas, e a negativa de uma política pública de saúde, no caso específico, abriria espaço para o campo de atuação do Poder Judiciário com a denominada judicialização da saúde.

No entanto, partindo-se dos pressupostos acima expostos, é importante frisar que a judicialização da saúde e, nesse particular, o fornecimento de medicamentos de alto custo não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde - SUS<sup>5</sup> em demandas individuais, embora encontre fundamento no reconhecimento do direito subjetivo à saúde, enfrenta dificuldades no que concerne à legitimidade democrática, à escassez de recursos públicos e à possibilidade de criar privilégios não extensíveis a todos. Vale esclarecer que a crítica se revela tanto no excesso de judicialização da saúde, como também na intervenção desse Poder em uma política pública de saúde ainda não implementada, como a obrigação de fornecer medicamentos não incorporados pelo SUS.

---

<sup>4</sup> "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> "Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)." (BRASIL, 1990).

O problema relativo às demandas individuais de saúde que concedem medicamentos não disponíveis no SUS está intimamente ligado ao princípio da igualdade, uma vez que não é compatível privilegiar uns em detrimento de outros em um Estado Democrático Social de Direito.<sup>6</sup> Com base nisso, Fonte (2013, p. 190) defende que “o magistrado deve priorizar o processo coletivo para dar soluções sistêmicas aos problemas - inclusive valendo-se do art. 7º da Lei da Ação Civil Pública para provocar a atuação do Ministério Público”<sup>78</sup>.

Nessa linha de pensamento, Barroso (2009, p. 48) sustenta que se o medicamento não consta na lista do SUS, o foro de discussão para a revisão dessa política de saúde se dará através das ações coletivas cuja decisão produz um efeito *erga omnes*. Isso ocorre porque o Poder Judiciário tem legitimidade para conter abusos ou falta de efetividade em uma determinada política pública, mas não de alterar as escolhas dos demais Poderes.

Do exposto, é relevante ressaltar que as prestações materiais de saúde têm uma dimensão econômica. Todavia, o Estado não deve se defender unicamente com base em tal argumento para não implementar políticas públicas de saúde, ou executá-las de forma inadequada. Em respeito ao princípio democrático estabelecido no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>, a escolha de determinados programas de saúde, isto é, a definição de qual política pública de saúde deverá ser implementada, impõe que seja estabelecida primeiramente pelos poderes representativos, restando, em caráter subsidiário, ao Poder Judiciário, em sede de ação judicial, garantir condições materiais mínimas de saúde que permitam uma vida com dignidade, como bem defende Marmelstein (2009, p. 317).

Com isso, não se busca fazer objeções a tutela individual do direito à saúde. Ao contrário. Deve-se prestigiá-la caso esteja amparada

---

<sup>6</sup> Apesar da universalidade do acesso aos serviços de saúde (art. 198, CF/1988, c/c art. 7º, I, Lei n.º 8080/1990), faz-se mister que o sistema seja sustentável. Nesse sentido, uma demanda individual não deve ser de tal monta que inviabilize o sistema. Daí, a necessidade de aprofundamento na temática das “decisões trágicas” (AMARAL, 2001).

<sup>7</sup> “Art. 7º Se, no exercício das suas funções, os juízes e tribunais tiverem o conhecimento de fatos que posam ensejar a propositura de ação civil, remeterá peças ao Ministério Público para as providências cabíveis” (BRASIL, 1985).

<sup>8</sup> Carlos Portugal Gouvêa entende que a migração das demandas individuais para as class actions não seria o meio adequado para solucionar a questão da saúde e da concessão de medicamentos. Defende ele a necessidade de “to move from an 'individual rights' approach to a 'distributive' approach” (2013, p. 472-473).

<sup>9</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]” (BRASIL, 1988).

pelo mínimo existencial que corresponde às condições básicas para se ter uma vida digna e, para tanto, são necessárias prestações materiais de saúde que garantam essa condição. Ademais, trata-se de um direito fundamental de caráter subjetivo e de aplicação imediata, consagrado no texto constitucional vigente.

No entanto, como se infere dos argumentos acima apresentados, nas demandas coletivas se tem um espaço mais propício para o debate sobre políticas públicas de saúde ainda não implementadas, pois há uma discussão mais abrangente acerca dos efeitos de eventual decisão judicial. Outrossim, provoca os demais Poderes (Legislativo e Executivo) a se preocuparem com a efetividade e a qualidade dessa política, uma vez que o excesso de judicialização, principalmente em demandas individuais, concedendo prestações materiais como a obrigação de entregar medicamentos ainda não incorporados na lista do SUS, poderá levar a uma inércia dos poderes representativos, sob o argumento de que é preciso aguardar o cumprimento das demandas judiciais e, nesse contexto, deixar de realizar políticas de saúde necessárias a coletividade.

De outro modo, também vale considerar que os recursos públicos são insuficientes para atender a toda e qualquer necessidade de saúde, cabendo aos representantes eleitos decidir sobre a implementação de uma determinada política de saúde ou não. Nesse ótica, oportunas as palavras de Fonte (2013, p. 187) quando explica que “o Poder Legislativo é a instituição que repercute de modo mais fiel, ainda que imperfeito, as preferências políticas de determinada sociedade”.

Nessa toada, analisa-se a seguir alguns limites de atuação do Poder Judiciário na judicialização da saúde, a fim de construir uma decisão judicial racional e efetiva que garanta o direito fundamental social à saúde, mas que se coadune com as possibilidades interpretativas do texto constitucional, além do respeito ao modelo institucional estabelecido pelo poder constituinte, e que não crie privilégios a certos indivíduos em detrimento de uma coletividade que depende das políticas públicas de saúde universalistas.

### **3 LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Inicialmente, é relevante registrar que a ampliação significativa nas demandas judiciais envolvendo as prestações de saúde, associada

ao aumento considerável de recursos públicos destinados ao custeio das referidas decisões, desencadearam muitas controvérsias em torno do tema.

Sobre esse aspecto, destaca-se a inevitável judicialização da saúde ante, dentre outros fatores, a falta de efetividade da Constituição e a inércia dos demais poderes (Legislativo e Executivo) na execução de políticas públicas de saúde de modo satisfatório, que assegure aos cidadãos o direito fundamental social à saúde. A partir do argumento estabelecido, é possível perceber a dramaticidade em que se inserem os direitos fundamentais sociais em países que tiveram tardiamente o processo democrático, como é o caso do Brasil.

Sob essa perspectiva, infere-se que não há violação e nem enfraquecimento da democracia a intervenção do Poder Judiciário no exercício da sua jurisdição constitucional, na defesa do direito fundamental social à saúde, quando respeitado os limites constitucionais, exercendo um controle sobre Administração Pública na aplicabilidade de uma política pública de saúde já implementada. Todavia, conceder prestações materiais de saúde, por meio de demandas individuais, como a concessão de medicamentos ainda não inseridos na lista do SUS, pode representar um risco a essa atuação constitucionalmente garantida.

Dentro desse contexto, atualmente, o STF analisa o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566471/RN (2010) que trata do fornecimento de medicamento de alto custo não disponibilizado na lista do SUS. Ressalte-se que houve perda superveniente do objeto em razão do medicamento ter sido incorporado à lista do SUS. Entretanto, o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, recomendou que a matéria fosse julgada a fim de estabelecer limites à judicialização da saúde, almejando, assim, pacificar a matéria, uma vez que, desde dos critérios estabelecidos na Audiência Pública (2009) convocada pelo Presidente do STF à época, Ministro Gilmar Mendes, ainda persiste a problemática relativa à intervenção do Poder Judiciário na concretização desse direito.

Portanto, se, de um lado, a atuação do Poder judiciário não se resume a uma mera aplicação de um texto constitucional desvinculado da realidade social, principalmente quando se trata do direito à saúde, tão essencial à vida humana, de outro, essa intervenção encontra um limite interpretativo que foi estabelecido pela própria Constituição. Ao se judicializar a saúde, convém preocupar-se com o excesso de demandas sobre a matéria, além do necessário respeito a certos limites a fim de que a decisão judicial não se transforme em mais um problema do que uma



solução. Nesse sentido, a decisão judicial deverá percorrer um caminho que envolve a análise dos limites fáticos e jurídicos da lide para, se for o caso, ocorrer o deferimento do pleito.

Diante disso, considera-se a reserva do possível como um dos limites à atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas de saúde que, de acordo com Sarlet (2011, p. 827), “apresenta pelo menos uma dimensão tríplice”, isto é, que esse princípio abrange desde a disponibilidade fática de recursos financeiros, passando pelo contexto da competência legislativa orçamentária, além da proporcionalidade da prestação exigida.

Contudo, não parece que a Administração Pública possa, em sede de defesa judicial, alegar tão somente a reserva do possível sem, efetivamente, provar que o Estado é incapaz de atender aquela decisão. Ademais, não deve o Poder Judiciário conceder a tutela judicial sem analisar os custos daquela decisão. Segundo Sarmiento (2008, p. 550), “os direitos sociais têm custos, o que, num quadro de escassez de recursos, impõem limites para a sua efetivação”<sup>10</sup>.

Ademais, argumenta Torres (2009, p. 110) que a crítica que se faz à reserva do possível se dá em relação à diferença da doutrina estrangeira. A partir dessa constatação, explica o autor que no “Brasil, portanto, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver *disponibilidade financeira*” (TORRES, 2009, p. 110, grifos do autor). Logo, não há como negar o limite econômico à efetivação do direito social à saúde, e a importância disso ocorre, principalmente, para garantir a efetividade desse direito. Afinal, o Poder Judiciário deve considerar que sua atuação repercute na vida das pessoas que dependem das políticas públicas de saúde, fato o qual precisa ser ponderado a fim de que a judicialização da saúde não seja objeto de banalização. Nessa esteira, Marmelstein (2009, p. 322) esclarece que:

A escassez de recurso exige que o magistrado tenha preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes [...].

---

<sup>10</sup> Acerca da temática do custo do direito, sugere-se a leitura de textos dos autores Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999).

Também é necessário levar em conta outro fator, qual seja, o acesso à justiça no Brasil. Embora seja ele garantido constitucionalmente, está longe de ser usufruído pela maioria da população. Sobre essa questão, vale mencionar a pesquisa realizada pela Secretaria do Estado de São Paulo, capitaneada pelas pesquisadoras Chieffi e Barata (2009, p. 1843) que comprovaram, ao analisar 3.007 (três mil e sete) ações judiciais, que a “maioria das ações analisadas foi ajuizada por advogados particulares. A justiça gratuita contribuiu tão-somente com 1/4 das ações”.

Longe de se buscar alimentar a ideia de que a reserva do possível é um limite intransponível à atuação do Poder Judiciário, é mister considerar a existência desse parâmetro ao conceder medicamentos ainda não incorporados na política pública de saúde. Apesar de a Administração Pública não caminhar a passos largos de modo a acompanhar o progresso da medicina, ofertando assim os mais modernos serviços de saúde a todos, parece carecer de legitimidade a intervenção judicial no caso específicos desses medicamentos.

A partir dessa ótica, pode-se conceber que cabe ao Poder Judiciário exercer um controle sobre os demais poderes (Executivo e Legislativo), a fim de resguardar o mínimo existencial do direito à saúde, quando há o cumprimento insatisfatório da política de saúde existente, ou quando autorizada pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo fica inerte.

Ainda existe outra problemática que se insere no contexto concernente à definição do que seja o mínimo existencial. O que seriam as condições mínimas de saúde para cada indivíduo suscetível de intervenção judicial? Sob essa perspectiva, Fonte (2013, p. 215) esclarece que o “mínimo existencial deve corresponder a prestações que sejam passíveis de universalização”.

Por conseguinte, observa-se que não se trata de uma decisão fácil, porque se, de um lado, existe o mínimo existencial, condição necessária para a garantia do direito à saúde do cidadão para que possa viver com dignidade, do outro, há a reserva do possível que envolve os recursos disponíveis para a concretização daquele direito.

Não obstante, pareça um choque entre a tutela de um direito e as condições econômicas do Estado, a questão é bem mais complexa. Barroso (2009, p. 36) alerta que não se trata simplesmente de um conflito entre princípios orçamentários ou a separação de poderes, por exemplo, mas é “à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”.

Nesse sentido, vale acrescentar um trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566471/RN (2010), o qual ainda está sob julgamento no STF. No voto, o Ministro defendeu que caso não haja uma política pública de saúde implementada, o Estado não tem a obrigação de fornecer o medicamento, só atuando em casos excepcionais. Por outro lado, o relator do referido recurso, Ministro Marco Aurélio, defendeu que o direito individual à saúde está amparado no mínimo existencial e, se esse critério não for respeitado, o Poder Judiciário poderá intervir sim, mesmo que a política pública de saúde ainda não exista.

Como se nota, existem vários desafios no sentido de concretizar o direito à saúde. Todavia, o excesso de judicialização da saúde, a sua banalização e a intervenção em uma política de saúde ainda não implementada não devem ser tratadas da mesma forma em respeito ao princípio da igualdade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Da pesquisa empreendida, percebeu-se que a judicialização da política é um instrumento de controle necessário para resguardar os direitos fundamentais sociais, como a saúde, quando fundamentada na legitimidade democrática e no modelo institucional estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, o intérprete constitucional, ao almejar concretizar o direito à saúde, deve estar comprometido não só com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também com a vontade da maioria representada pelo Poderes Legislativo e Executivo, em prol do direito da coletividade.

De outra forma, é preciso ter em mente que o direito fundamental social à saúde necessita de um agir positivo por parte do Estado, que o faz através de políticas públicas. Mas essas políticas não podem ser compreendidas apenas como meras normas de programas, nem a falta de comprometimento da Administração Pública com a política de saúde instituída permite que o Poder Judiciário atue fora de certos limites.

Essa atuação jurisdicional, além de considerar o mínimo existencial, também deve observar que o direito à saúde tem um valor econômico e que o excesso de judicialização da saúde, como a intervenção em uma política de saúde ainda não implementada, gera um problema de legitimidade democrática, de desorganização da política de saúde

estabelecida, e pode ofender o princípio da igualdade, uma vez que conceder privilégios através de demandas individuais aos que têm acesso ao Poder Judiciário em detrimento de uma coletividade que, às vezes, sequer consegue acioná-lo, pode representar uma violação ao princípio referido. Nesse aspecto, vislumbra-se que as demandas coletivas tendem a responder mais adequadamente à problemática em questão.

Em vista dos argumentos apresentados, tem-se que a atuação do Poder Judiciário deve ser considerada sob dois aspectos: o primeiro diz respeito ao controle sobre uma política de saúde existente, concretizando dessa forma o direito do cidadão de ter garantida prestações materiais de saúde; o outro se refere a intervir no campo da política para assegurar a tutela de um medicamento, por exemplo, que não está inserido naquela política de saúde. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde deve estar limitada primeiramente pelo texto constitucional, bem como pelos princípios da reserva do possível e da igualdade, evitando-se o excesso de judicialização da saúde, a sua banalização e a intervenção em política de saúde ainda não implementada.

Logo, a entrega de um medicamento de alto custo ainda não incorporado ao SUS por intermédio de demandas individuais compromete a política já existente e prejudica toda uma população que depende de políticas de saúde universalistas. Em virtude disso, uma solução para o caso seria a tutela coletiva desse direito, a qual deve ser estimulada.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Simone Coêlho; HISSA, Carolina Soares. A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIV., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, p. 132-148, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista de Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, jan./mar. 2009. p. 35-50. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/24/1/Edicao188.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 275-290, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, p. 271-308, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago., p. 127-150, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988). Assembleia Nacional Constituinte. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988, Seção I, p. 1-32. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985, Seção 1, p. 10649-10651. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990, Seção 1, p. 18055-18059. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública**, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=>>> Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 566471 RN**, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 19/03/2010, DJe. 14/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR 271286 RS**, Relator: Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, Segunda Turma, DJ 24/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR 393175 RS**, Relator: Celso de Mello, j. 12/12/2006, Segunda Turma, DJ 02/02/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> Acesso em: 20 ago. 2016.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago., p. 1839-1849, 2009.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOUVÊA, Carlos Portugal. Social rights against the poor. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, V. 7, 4/2013, Articles, p. 454-475. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=582114003071118102104014092017117081029032054004040066067028095028071099106089011096122097062099041113051096028081113075117103126050004093022005019109095071095015019002077080118070100066027000020096108082109127096110109000008005006105066120071082124111&EXT=pdf>>. Acesso em: 13.02.2017.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1999.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. Sistema de freios e contrapesos, judicialização da política e o Supremo Tribunal Federal: uma tese para atual postura do STF. **Revista Científica da Associação Cearense do Ministério Público – ACMP**, Fortaleza, v. 1, n. 1, jun., p. 36-49, 2010.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gillmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O estado constitucional: entre a justiça e política. Porém, a vida não cabe em silogismo. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, p. 155-178, 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Florianópolis: Conceito, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, p. 53-69, 2010.

POSNER, Richard. **El Análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: um a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *In*: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, p. 26-62, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 533-586, 2008.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. p. 39-85, 2007.

ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do Direito e das Organizações. *In*: ZILBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 1-15, 2005.



# REFLEXÕES QUANTO O HABEAS CORPUS 126.292/SP: (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NA PENDÊNCIA DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

## *REFLECTIONS ABOUT HABEAS CORPUS 126.292/SP: (IM) POSSIBILITY OF EARLY EXECUTION OF THE SENTENCE PENDING EXTRAORDINARY APPEALS AGAINST THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE*

Paloma Marita Cavol Klee\*

“Non vi è libertà ogni qualvolta le legge permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa” Cesare Beccaria

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O Princípio da Presunção de Inocência. 1.1 Notas Gerais Sobre Conceito, História e As Formas de Interpretação Existentes. 1.2 Regra e Princípio: Postulados de Diferenciação e Formas de Interpretação. 1.3 Direitos Fundamentais: Sua Eficácia e quanto à Possibilidade de Restrição. 2 Análise Dos Fundamentos Denegatórios do HC 126.292/Sp. 2.1 Ponto a Ponto: Críticas aos Principais Argumentos Utilizados que Viabilizaram a Execução Antecipada da Pena. 2.2 Presunção de Inocência Versus Efetividade da Lei Penal. 3 Reflexos da Decisão em Âmbito Infraconstitucional e o Debate quanto à Mutabilidade (?) Realizada na Norma Constitucional 3.1 A Constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal 3.2 Ocorrência de Mutação Constitucional ou Ativismo Judicial? 3.2.1 Ativismo Judicial. 3.3 Análise do Caso sob a Perspectiva de Ambos os Institutos. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O escopo do artigo é demonstrar a importância do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, e consequentemente a relevância da preservação semântica constitucional. Nesta perspectiva, examina-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reinterpreto o princípio da presunção de inocência, proferindo que a execução de sentença penal condenatória, exarada em segunda grau de jurisdição, mesmo que ainda sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio em fomento. Pretende-se demonstrar a gravidade deste novo entendimento, que imbuído pelo ativismo judicial, modificou texto constitucional, e ocultou-se quanto à constitucionalidade do art. 283 do CPP, cujo conteúdo espelha a norma contida no inciso LVII. Quanto ao delineamento metodológico, trata-se de uma pesquisa aplicada, qualitativa e descritiva, realizada a partir de fontes bibliográficas e documentais, com o emprego do método dedutivo. Conclui-se que a norma constitucional não permite a mitigação da presunção de inocência, pois deve perseguir o processado até a última instância recursal, assegurando sua liberdade, como também a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Culpabilidade; Execução da pena; Liberdade; Presunção de Inocência.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to demonstrate the importance of the principle of presumption of innocence provided in the Federal Constitution, article 5, paragraph LVII, and consequent the relevance of constitutional semantics preservation. In this perspective, the article will make a critical examination of the recent decision of the Supreme Court that reinterpreted*

\* Mestranda pela Universidade de Coimbra.

*the principle of presumption of innocence, proffering that the execution of criminal sentence, recorded in the second degree of jurisdiction, although still subject to special or extraordinary appeal does not breach the principle in development. It is intended to demonstrate the seriousness of this new understanding, which imbued by judicial activism, modified constitutional text, and hide the constitutionality of art. 283 of the CPP, whose content reflects the rule in subsection LVII. Regarding the methodological design, it's an applied research, qualitative and descriptive, made by bibliographic and documentary sources, with the use of the deductive method. We conclude that the constitutional provision dos not allow the mitigation of presumption of innocence, because should pursue the processor to the last appellate instance, ensuring their freedom and also the dignity of the human person.*

**Keywords:** *Guilty; Execution of the sentence; Freedom; Presumption of Innocence.*

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com acentuada intensidade, um conflito de interesses cresce no processo penal brasileiro. Por um lado, o delicado e precioso direito fundamental a liberdade, intrínseco a todo o cidadão, fazendo parte do conceito de dignidade da pessoa humana, e por conseguinte, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ocupando, neste atual cenário, o lado oposto, encontra-se a segurança pública. Por este compreende-se o dever que o Estado possui de combater, eficazmente, as violações perpetradas aos bens jurídicos mais caros a sociedade, utilizando-se do processo penal como forma de ataque a latente criminalidade.

Para fomentar o debate narrado, acrescenta-se a crise da execução penal no Brasil, que encontra-se entranhada por diversos problemas e descrenças em sua função punitiva e ressocializadora.

Diante deste panorama, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede do *habeas corpus* nº 126.292/SP, por sete votos à favor e quatro votos contra, que confirmando-se a sentença condenatória em 2º Grau, mesmo havendo a interposição de recurso especial e extraordinário, pode iniciar-se a execução da pena.

O presente estudo analisa o alcance do princípio da presunção de inocência, devido a reviravolta na interpretação até então realizada pela Corte Superior do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Ademais, se examina os argumentos utilizados pelos ministros que votaram contra a concessão de liberdade, contrapondo-os doutrina e jurisprudência divergente. Assim, procura-se a resposta para a seguinte pergunta: com o julgamento proferido no HC 126.292/SP, a Corte Superior feriu o princípio

da presunção de inocência, ultrapassando o limite normativo interpretativo da norma constitucional?

## **1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Relevante é a dedicação de um capítulo para tratar deste assunto fundamental em uma sociedade democrática. O princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição da República de 1988, é considerado um direito fundamental, porém, durante diversos períodos da história, o mesmo restou ocultado ou foi espantosamente mitigado pelo Estado.

Com isso, importante a compreensão deste complexo e multifacetado instituto, expandindo para temas como sua eficácia no ordenamento brasileiro e as possibilidades de restrição. Para tanto, a compreensão quanto aos direitos fundamentais e as diferenças existentes entre regras e princípios se torna de extrema importância.

### **1.1 Notas gerais sobre conceito, história e as formas de interpretação existentes**

A presunção de inocência constitui um dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. É uma garantia processual penal, que objetiva defender a liberdade pessoal (MORAES, 2010, p.119), e em nosso ordenamento jurídico, encontra-se prevista na Constituição Federal, mais especificadamente no inciso LVII, do artigo 5º, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Importante se faz uma breve digressão no tempo, para ressaltar um momento fulcral na história da presunção de inocência.

Não é preciso em qual momento histórico houve o surgimento deste princípio, porém, existem relatos que remontam ao final do século XVII. Neste período, a presunção de inocência combatia as desigualdades latentes e procurava garantir que a culpa, e também as consequências advindas com a condenação, fossem declaradas posteriormente a sentença final emitida pelo Poder Judiciário (BOTTINI, 2012, p. 185). Contudo, foi durante a primeira metade do século XX que o princípio sofreu um de seus períodos de maior restrição.

Italianos como Vincenzo Manzini, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo foram os responsáveis pelas insurgências do indicado período, pois julgavam a presunção de inocência um instituto absurdo e ilógico, sendo que

Garofalo até mesmo exigia que a prisão preventiva, quando da ocorrência de crimes mais graves, fosse obrigatória (FERRAJOLI, 2010, p. 507).

Explana Luigi Ferrajoli (2010, p. 507) que este ataque ao princípio não se deu simplesmente pelo fato da necessidade de um juízo para a concretização da condenação, mas sim, devido a “[...] implicações mais estritamente garantistas em matéria de liberdade do imputado e de formação da prova”.

Adepto da Escola Técnico-Jurídica, Manzini proclamava uma inversão de valores, isto é, com a interposição de um processo criminal, a presunção deveria se dar pela procedência da acusação, e não pela inocência do acusado, pois para este doutrinador italiano, se predominasse a presunção de não culpabilidade, não haveria motivos para se processar alguém, ou justificativa para encarcerar de forma preventiva (GOMES FILHO, 2003, p. 123).

Somente após a imensurável tragédia ocasionada pelo regime nazifascista, período onde diversos direitos fundamentais foram solapados dos indivíduos, passou-se novamente a integrar nos textos constitucionais o princípio da presunção de inocência.

Como primeira leitura, deve ser interpretado como a posição ocupada pelo investigado ou acusado durante a persecução penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória (ARANTES FILHO, 2010, p. 04).

O sistema processual penal, ao adotar o princípio da presunção de inocência, pretendeu com o mesmo preservar o estado de liberdade de todos os indivíduos que são processados e julgados. Para tanto, o princípio do devido processo legal se filia ao fomentado princípio para que ambos garantam que a culpa somente possa ser imputada a alguém em decorrência de um processo justo e posteriormente a uma sentença penal condenatória não recorrível (SALES, 1996, p. 23 e 25).

Segundo Catena (2015, p. 103) “a presunção de inocência funciona como princípio básico a todo o sistema penal, na medida em que situa o processo penal entre os parâmetros constitucionalmente admissíveis”.

Conforme Antônio Magalhães Gomes Filho (2003, p. 126), a redação do inciso constitucional não procura somente proteger a pessoa do acusado, quando inserido em um processo penal, mas sim qualquer pessoa, abrangendo, como exemplo referido pelo autor, quem se encontra sobre qualquer tipo de investigação.

Outra denominação conferida é presunção de não culpabilidade contudo, de acordo com Gustavo Badaró (2015, p. 57), é infrutífera as discussões levantadas em torno da diferença das nomenclaturas, pois para o referido autor, é idêntico o conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.

Consoante Luigi Ferrajoli (2010, p. 505/506), a presunção de inocência deve vigorar até a existência de uma prova contrária inserida em sentença condenatória definitiva. e deve ser considerado “[...] o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Seguindo o entendimento de Canotilho, o doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho (2003, p. 130 e 131) reconhece o valor de garantia do princípio da presunção de inocência, revelando que este possui o propósito de tutelar a liberdade dos cidadãos, conjugando limites a atividade repressiva, demarcando assim o âmbito no qual o legislador ordinário possui para criação de normas que afetem tanto o princípio como os demais direitos fundamentais relacionados.

Destarte, importante se faz a colação do significado atribuído por Pierpaolo Cruz Bottini (2012, p. 186):

A presunção de inocência, portanto, foi consagrada como uma defesa do cidadão contra o arbítrio. Garante que a culpa advém de um processo, da oitiva dos argumentos das partes, da análise das provas, de uma relação dialética que apresenta ao juiz perspectivas da acusação e da defesa. Evita decisões açodadas, pré-julgamentos, preconceitos. Enfim, é um postulado que racionaliza a jurisdição e protege o cidadão do arbítrio.

Com isso, a presunção de não culpabilidade é um princípio que encontra-se previsto na Constituição da República, que visa ditar os parâmetros a serem seguidos durante a persecução penal, procurando sempre favorecer a liberdade individual.

Em simetria com Gustavo Badaró (2015, p. 57), é possível discriminar três significados do princípio: (1) garantia política; (2) regra de tratamento do acusado; (3) regra probatória.

Para verificar a ocorrência de um delito e sua autoria, obrigatoriamente deve haver uma tramitação processual, sendo figura central o princípio da presunção de inocência (BADARÓ, 2015, p. 57), prevalecendo e respeitando-se o princípio da dignidade da pessoa humana sobre os interesses da persecução penal (MAGALHÃES BOLINA, 2005, 435).

Devido à estreita conexão com a guarda da liberdade do cidadão, tudo que estiver envolvido com este direito, deve ser interpretado da forma mais benéfica ao investigado/acusado (ARANTES FILHO, 2010, p.05), pois a condição de inocente somente pode ser afastada perante prova segura do cometimento do crime (BADARÓ, 2015, p. 57).

O segundo pode ser traduzido pela expressão *in dubio pro reo*, ou seja, como regra de julgamento, a presunção de inocência além de exigir a observância das normas jurídicas pertinentes, define que para ser decretada uma pena através de uma sentença condenatória, deverá ser provado, indubitavelmente, a culpa do acusado, por meio de provas angariadas lícitamente, do contrário a absolvição deve se impor (ARANTES FILHO, 2010, p. 09).

Conforme Augusto Jobim Amaral (2016, p. 03):

Se, de modo mais simples, o processo penal não representa mero meio para a realização do Direito Penal, mas o dispositivo por excelência de limitação do poder punitivo, garantido pela função jurisdicional, em que a prova é a atividade necessária para se verificar se um sujeito cometeu um delito, até que ela se produza mediante um juízo regular, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim é que classicamente se aduziu do princípio da jurisdicionalidade o postulado da presunção de inocência. Trata-se, para além de ser presunção “até que se prove o contrário”, de um corolário lógico-racional do próprio processo penal e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento.

Assim posto, percebe-se que não se trata somente de um critério para se dissolver uma dúvida, mas sim um verdadeiro parâmetro a ser balizado durante toda a tramitação processual.

Por fim, com a instituição da presunção de inocência, não permite-se que o acusado, tanto durante a fase investigativa como na fase processual em si, seja elevado ao *status* de culpado. Este princípio configura uma regra de tratamento e não de convencimento. Posto isto, se a acusação não demonstrar ao juízo a culpa do acusado, não pode ser o processado impendido de provar sua inocência. Ainda, a presunção de não culpabilidade incute ao julgador uma “[...] responsabilidade de tutelar os interesses do acusado, estando assim voltado à contenção dos atos arbitrários dos detentores ocasionais do poder” (PRADO, 2001, p. 43).

Neste ínterim, o exaltado princípio impede a imputação de medidas restritivas pessoais, antes do reconhecimento da culpa, como forma de

execução antecipada da pena, baseada simplesmente na possibilidade da condenação do processado. Exceção, porém são as privações da liberdade que ostentam natureza cautelar, desde que fundamentadas e baseadas em uma situação de necessidade, como também para amparar a efetividade processual (OLIVEIRA, 2011, p. 47/48).

A posição mais radical adotada pela doutrina foi encabeçada por Luigi Ferrajoli (2010, p. 515). Este, milita por um processo onde não exista prisão preventiva, afirmando que o acusado deve poder ir ao juízo livre, e desta forma em igualdade com a acusação, respeitando-se com isso a dignidade da pessoa humana. Ressalta que “[...] nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar”.

Acreditando não ser este o caminho mais sensato, mas afirmando que as prisões provisórias devem ser reduzidas ao mínimo de incidência, Rosberg Souza Crozara (2010, p. 275) destaca que a tutela jurisdicional advirá do processo principal e não da concessão cautelar. Com isso, “[...] conferir ao processo cautelar uma função de satisfação do direito material é usurpar a função de cautela, cujo conceito coincide com o de garantia”.

Conforme Norberto Flach (2000, p.56), a perda da liberdade está intrincada com a verdade da culpabilidade do acusado, o que somente ocorre com a condenação e o trânsito em julgado. Assim, a constrição da liberdade apenas procede-se antes do mencionado período, quando necessitar-se de cautela, que deve ser devidamente fundamentada.

Continua o mencionado autor afirmando que a presunção de inocência deve ser entendida também como postulado de segurança jurídica “[...] que lança influência até sobre o próprio poder judicial de cautela penal, cuja característica de morigeração deve ser bem mais pronunciada do que no processo civil”. Assim, não é cabível admitir em âmbito penal uma antecipação de tutela por exemplo, pois deve prevalecer a taxatividade das medidas (FLACH, 2000, p. 57).

Para entender-se a força cogente do princípio da presunção de inocência, cabe neste momento compreender não só a diferença entre

regras e princípios, mas também a eficácia e modos de restrição dos direitos fundamentais.

## **1.2 Regra e princípio: postulados de diferenciação e formas de interpretação**

Secular, mas sempre relevante a distinção entre regra e princípio. As diferenciações entre estes primeiramente eram realizadas sobre o critério generalidade, ou seja, os princípios eram considerados normas de generalidade relativamente alta e as regras, por outro lado, constituíam normas de generalidades relativamente baixas. (HECK, 2003, p. 55).

Os dois grandes expoentes do tema, Alexy e Dworkin, convergem em dois requisitos: que tanto os princípios como as regras possuem igual *status* de norma jurídica; e que a distinção entre estes possui um caráter qualitativo e não de grau (SOUSA, 2012, p. 98).

O doutrinador André Ramos Tavares (2003, p. 34), ao referir quanto às diferenças destes dois institutos ressalta que o grau de abstração dos princípios é a melhor traço para distingui-los “[...] pois não se reportam a qualquer descrição de situação fática (hipotética) em específico, adquirindo, assim, a nota da máxima abstratividade (objetividade)”.

A emblemática tese da separação entre normas e princípios foi primeiramente concebida por Dworkin e é desenvolvida da seguinte maneira por Luís Afonso Heck (2003, p. 57 e 58): as regras são aplicadas na sistemática do tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*), isto é, somente é válida uma regra quando esta regulariza de forma integral uma matéria, pois do contrário será inválida e conseqüentemente descumprida.

Neste sentido, e conforme desenvolvido por Alexy, as regras são aplicadas pelo sistema denominado de subsunção: um fato, encaixando-se no tipo legal abstrato, deve sofrer a incidência deste, como também suas conseqüências. Ainda, havendo embate entre duas regras, somente uma pode prevalecer (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 109).

Os princípios, por outro lado, são aplicados a um complexo maior de situações, não buscando a delimitação de condutas, mas assim possuindo um elevado grau de abstração. Na Constituição brasileira, por exemplo, onde há um rol extenso de princípios, é indubitável os conflitos



gerados pelo caso concreto entre eles. Portanto, deve-se empregar a técnica da ponderação<sup>1</sup> (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 110).

Emanados da superação ao positivismo jurídico, onde se propagava a existência de apenas regras no sistema jurídico, os princípios surgiram da difícil solução dos denominados *hard cases* (SOUSA, 2012, p. 97), onde não era possível simplesmente escolher entre uma ou outra regra.

Segundo explicitou Heck a cerca da teoria de Dworkin, os princípios possuem uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) que se revela no conflito entre estes. Para solucionar o impasse, deve-se atribuir um peso a cada um dos princípios no momento de sua incidência ao caso concreto, e o que possuir maior peso é o que deverá ser aplicado (2003, p. 58). Para tanto, deve ocorrer concessões mútuas, sem desvirtuar a força vital de cada um dos princípios (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 110).

Existem três critérios que se ocupam na distinção entre regras e princípios com maior destaque na doutrina: quanto ao modo de aplicação, o qual deve ser realizado nos parâmetros acima já ponderados; quanto ao conteúdo, sendo que as regras definem condutas, já os princípios tratam sobre valores que devem ser resguardados (moralidade, por exemplo) ou fins a serem atingidos. Por fim, quanto à estrutura, as regras descrevem exatamente os atos que devem ser realizados para o seu devido cumprimento. Os princípios, por outro lado, assinalam “estados ideais” a serem alcançados não ditando uma conduta (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 112/113).

Portanto, as regras desenvolvem seus postulados à segurança jurídica devido a sua estabilidade e previsibilidade, de outra banda para a concretização da justiça, se faz necessária normas mais maleáveis, como o são os princípios, para que seus sentidos possam ser moldados pelo intérprete a cada caso concreto. Posto isto, (...) a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios

---

<sup>1</sup> Anizio Pires Gavião Filho (2015, p. 148), em seus escritos, explica que o princípio da ponderação integra o princípio da proporcionalidade, pois este pode ser dividido em três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade, como também o da proporcionalidade em sentido estrito, encaixando-se a ponderação neste último. Conforme o referido autor “Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito se refere as possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão”.

oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada” (BARCELLOS, *apud* BARROSO, BARCELLOS, 2002, p. 110 e 111).

### **1.3 Direitos fundamentais: sua eficácia e quanto à possibilidade de restrição**

Os direitos fundamentais retratam-se como resposta as situações de agressão ou ameaça vivenciadas pela sociedade, que podem advir tanto do próprio Estado, como também de núcleos do poder privado. Mas seu significado não se restringe a isso, indo além, sendo assim verdadeiros meios cogentes para o Estado efetivar seus mandamentos, caracterizando-se, conforme Alexy, como princípios objetivos (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, p.75).

Diversos doutrinadores debruçaram-se sobre o tema da eficácia das normas constitucionais, classificando-as em diversas categorias. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 251), analisou tais propostas de divisão, e referiu que mesmo em meio as incompatibilidades, duas categorizações se destacam: as normas que de pronto podem gerar efeitos apresentando assim “suficiente normatividade”, e do outro lado, as que necessitam da intervenção do legislador para gerar efeitos.

Mais especificadamente, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, o Constituinte de 1988 inclui o seguinte dispositivo na Carta Constitucional: “Art. 5º, §1º:As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No parágrafo segundo do referido artigo, houve a determinação da não-taxatividade do rol de direitos fundamentais, pois permitiu-se que através dos tratados e convenções internacionais houvesse sua contínua expansão (FLACH, 2000, p. 37). Assim, procurou-se dar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, independentemente de medidas concretizadoras que possam vir a ser realizadas.

Debate-se tanto na doutrina como jurisprudencialmente se haveria um âmbito de restrições aos direitos fundamentais.

Entendidos os direitos fundamentais como princípios, somente podem sofrer algum tipo de limitação quando tal estiver prevista no corpo normativo constitucional ou na existência de uma lei ordinária com base na própria Carta Magna (MENDES, BRANCO, 2014, p. 199 e 200).

Para tanto, deve-se respeitar a reserva legal de cada norma constitucional, para que assim possa se dar efetividade ao direito

fundamental, evitando-se a incoerência de arbitrariedades pelo legislador que podem levar, por exemplo, a uma restrição do âmbito de proteção. Isto se traduz em uma atenção a segurança jurídica (MENDES, BRANCO, 2014, p. 202).

Devido a extensão e complexidade desta matéria e o espaço reduzido deste artigo, não se adentrará com profundidade no tema da reserva legal, suas subdivisões, aplicação e princípios correlatos. Apenas se faz necessário uma abordagem quanto ao princípio da proporcionalidade.

Conforme é explicitado por grandes doutrinadores, o princípio da proporcionalidade encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, mas sua cogência está no fato de podermos extraí-lo de outros princípios constitucionais (ALMEIDA, 2010, p. 66). Em consonância com o doutrinador Elival da Silva Ramos (2010, p.120), “a exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de que as leis e atos normativos subalternos observem as normas constitucionais de cunho teleológico, enquanto decorrência da própria supremacia hierárquica dessas normas”.

Continua o referido autor que o uso da expressão princípio da proporcionalidade existe em diferentes significados:

Muitas vezes o que se tem em vista é norma - matriz da garantia de proporcionalidade legislativa, derivada da exigência de que a legislação restritiva de direitos fundamentais observe o devido processo legal; em outras situações, trabalha-se com o mero postulado hermenêutico a orientar o intérprete-aplicador na fiscalização da constitucionalidade de leis que busquem harmonizar normas finalísticas de incidência simultânea e, por isso mesmo, aparentemente colidentes; por último há o uso, já mencionado, da proporcionalidade enquanto modo peculiar de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, tendo em vista o pleno acatamento dos fins que a constituição impõe ao legislador (RAMOS, 2010, p. 123).

Neste interim, o princípio da proporcionalidade ou também denominado de “proibição de excesso no direito constitucional”, vem a ser aplicado com o objetivo de o legislador analisar a necessidade adequação da medida legislativa (MENDES, BRANCO, 2014, p. 225). Assim, deve ser entendido como aquele que “[...] impõe os limites materiais de toda a actividade do Estado que ponha em causa direitos fundamentais”, considerado assim o limite dos limites (MIR PUIG, 2009, p. 12).

O princípio da proporcionalidade relaciona-se com o uso adequado do fim(s) da norma e os meios manipulados para a consecução daquele(s). Assim, na relação meio-fim deve-se sempre controlar o excesso, constituindo uma barreira ao arbítrio do legislador, pois este não está autorizado a interferir nos valores e princípios contidos na Constituição Federal (NISHIYAMA, 2011, p. 239 e 243).

Portanto, para auferir se o princípio da proporcionalidade está sendo realmente observado pelo legislador, deve-se atentar aos seus subprincípios: a adequação, pretendendo-se verificar se o meio interventivo adotado é apto para se atingir o objeto pretendido, ou seja, devem ser ineficazes os demais meios menos gravosos; o da necessidade, expressa a ideia de que deve ser garantido ao indivíduo a menor desvantagem, requerendo-se a menor renúncia ao direito fundamental; e ainda o da proporcionalidade em sentido estrito, o qual se relaciona ao caso concreto e a ponderação da solução encontrada (NOGUEIRA, 2010, p. 413/414).

A ponderação, técnica utilizada em conflitos entre direitos fundamentais, busca sua solução frente ao caso concreto. Na Constituição da República, não há uma hierarquia entre os direitos, mas não se nega a prevalência dos direitos e garantias individuais, devido a fixação das cláusulas pétreas (artigo 60, §4º), como também da dignidade da pessoa humana e todos os valores a este vinculados (MENDES, BRANCO, 2014, p. 241).

Devido a sua exposição constitucional, o intérprete, frente a um conflito, não pode simplesmente aplicar um direito fundamental em oposição a exclusão total do outro, que também poderia ser aplicado ao caso concreto. Com isso, primeiramente, deve-se identificar todas as normas cabíveis de serem utilizadas para a solução, identificando os possíveis conflitos entre elas. Em segundo lugar, deve-se analisar o cenário do caso concreto conjugando-o com os elementos normativos. Por último, conforme já exposto neste trabalho, atribui-se pesos a estes princípios decidindo-se qual deve preponderar perante o caso concreto (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 117/118).

Assim, Alexy afirma que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, *apud* LEIVAS, 2015, p. 97).

Tal solução não está isenta de críticas. O autor Paulo Gilberto Congo Leivas (2015, p. 96) refere-se que Habermas acreditava que um Tribunal, ao atuar imbuído pelo princípio da ponderação, age de forma

arbitrária, pois não existe medidas para se justificar a preferência dada a certo princípio e ainda explana que direitos individuais podem ser sacrificados em prol de direitos coletivos.

Comentando quanto a atual conjectura brasileira, o princípio da ponderação ainda não está devidamente objetivado, permitindo-se o espaço para a discricionariedade judicial. Porém, conforme afirma Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (2003, p. 120), a aplicação da ponderação não pode ser usada como desculpa para o exercício indiscriminado do ativismo judicial. Com isso, explicam que a legitimidade das sentenças que utilizaram a técnica da ponderação é realizada mediante o exame da argumentação escolhida.

Após toda esta formulação pertinente quanto aos princípios constitucionais, cabe referir um pouco mais especificadamente ao princípio da presunção de inocência.

Considerado integrante da categoria denominada “caráter judicial”, todos os direitos consagrados nesta definição possuem um papel essencial na efetivação do Estado Democrático de Direito. Procurando assegurar a eficácia da atuação processual, estes direitos vem integrados ao princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao entendimento de que o homem não é um simples objeto da finalidade processual (MENDES, BRANCO, 2014, p. 396/399).

O princípio previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF é uma norma de eficácia plena, ou seja, de auto aplicação, devido a sua estrutura normativa, como também diante da função que ocupa no sistema processual penal.

Em conformidade com José Afonso da Silva (2002, p.101), estas normas podem ser conceituadas como “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular”.

A presunção de inocência encaixa-se nesta classificação, uma vez que proíbe a aplicação dos efeitos jurídicos sobre o denunciado antes do trânsito em julgado da sentença penal. Em efeito, não houve e não há a necessidade da intervenção do legislador ordinário para lhe conceder eficácia. Porém, mesmo nesta condição de eficácia plena, a presunção de inocência pode vir a sofrer algum tipo de limitação como explicitado acima em relação outros direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 251 e SILVA, 2002 p. 81).

Ressalta-se, porém, que os direitos individuais, para serem restringidos, deve-se obedecer os ditames do princípio da proporcionalidade (FLACH, 2000, p.35), da forma na qual já foi exposto.

Posto isso, em conformidade com o apontado por André Ramos Tavares (2003, p. 48), atualmente o desafio imposto ao Direito não é o elaborar normas para todos os tipos de demandas sociais, mas sim o de prover uma das tantas soluções que podem ser localizadas no sistema, de forma racional e sempre devidamente justificada.

Atualmente, existe uma inversão do princípio da proporcionalidade quando inserido no âmbito das prisões processuais: devido ao clamor da sociedade, estimulado pela mídia que diariamente expõe os investigados de forma na qual restem “condenados” antes mesmo de ser iniciada a persecução penal, acaba-se por reduzir a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência arbitrariamente, esquecendo-se do seu real significado.

## **2 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DENEGATÓRIOS DO HC 126.292/SP**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, julgou o *habeas corpus* 126.292/SP, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a concessão de liberdade ao réu (HC nº 313.021/SP). Em 1º Grau, o acusado foi condenado à pena de 05 anos e 04 meses, em regime inicial fechado, sendo-lhe imputado o crime de roubo majorado. Ao apelar, em liberdade, pela reforma da decisão proferida pelo juízo *a quo*, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou seu pleito e determinou a expedição do mandado de prisão. Em HC impetrado no STJ, este decidiu pela manutenção da restrição à liberdade do acusado.

Em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal, por maioria<sup>2</sup>, denegou a ordem, determinando que a execução provisória da pena, alastrada em decisão condenatória em grau de apelação, mesmo que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não infringe o princípio da presunção de inocência.

Inobstante alguns ministros terem explanado que esta decisão não possui efeito vinculante, diversos tribunais por todo o Brasil absorveram o novo entendimento e passaram a aplicá-lo em seus novos julgados. Devido

---

<sup>2</sup> Votaram a favor os Ministros Teori Zavascki (relator), Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

poder ser considerada uma decisão emblemática, importante analisar e discutir os argumentos utilizados pelos ministros.

## **2.1 Ponto a ponto: críticas aos principais argumentos utilizados que viabilizaram a execução antecipada da pena**

Em seus votos, de forma unânime, os ministros reconheceram a importância do princípio da presunção de inocência em nossa sociedade. Alguns trouxeram à baila momentos históricos significativos na construção do princípio, outros, como Teori Zavascki, ressaltaram as contribuições do instituto na consagração de normas processuais como aquelas referentes ao ônus probatório, provas, devido processo legal e a ampla defesa. A partir deste ponto, passaram a tecer críticas em face do elevado princípio constitucional, como também a expor os fundamentos que culminaram na denegação da ordem.

O ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 37/39), em seu voto, afirmou que o postulado da presunção de inocência é um princípio, e nesta condição, não é absoluto, ou seja, “[...] não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes”, e por isso, pode vir a ser restringido por outras normas constitucionais a depender das circunstâncias do caso concreto, mas sem que isso permita o esgotamento do seu núcleo essencial.

Neste momento elencar-se-á alguns dos argumentos utilizados pelos ministros para a virada de entendimento e possibilidade da execução antecipada, como também se oporá os argumentos contra.

Neste íterim, explanam alguns ministros que o princípio da presunção de inocência sofre uma degradação durante a tramitação processual, “perdendo” sua força cogente conforme as decisões condenatórias são proferidas. Desta forma, até a sentença de primeiro grau, a presunção seria plena irradiando seus efeitos por todo o procedimento penal, principalmente quanto ao ônus da prova. Entretanto, a sentença condenatória representaria um “[...] juízo de culpabilidade que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal” (ZAVASCKI, 2016, p. 09).

Com a interposição de um recurso para o Tribunal de Justiça, e este vindo confirmar a condenação, ocorre o exaurimento do exame sobre os fatos e as provas. Para o ministro Zavascki é neste momento que “[...] se

concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza” (2016, p. 09).

Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 41) sustenta, em seu voto, que:

Há desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal.

Com isso, o ministro Gilmar Mendes (2016, p. 68) explica que o recurso especial e o extraordinário necessitam da provocação das partes, contudo, com sua interposição, prevalece o interesse coletivo, pois suas matérias são apenas federal e constitucional (respectivamente), valendo assim para o “aperfeiçoamento da jurisprudência”, ou como Edson Fachin (2016, p. 23) refere em sua exposição, para “estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional”.

Por fim, ressaltam os ministros à favor da antecipação da pena que estes recursos são apenas recebidos no seu efeito devolutivo, com isso, não foram engendrados para rever as “injustiças do caso concreto”, nem como uma outra oportunidade de o acusado rever uma sentença na qual não concordou com os seus termos.

Respeitada a opinião dos eminentes ministros, não se pode filiar ao entendimento exposto. Como será demonstrado por mais de vez, a norma contida no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal é cristalina em sua redação, estipulando que a desconstrução da presunção de inocência apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão penal, sendo assim este seu núcleo essencial.

Conforme explica o ministro Celso de Mello (2016, p. 84), a presunção de inocência funciona como “[...] uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou



restringam a esfera jurídica das pessoas em geral”. Com isso, atribuição de peso menor ao princípio da presunção de inocência, durante o transcurso do processo penal, deflagra uma ponderação realizada pelo Estado que resulta na imputação de culpa antes do trânsito em julgado, que desconsidera por completo a norma constitucional.

Ainda, deflagra o real motivo desta graduação: a busca pela efetividade da lei penal, pois escancara-se o interesse em preservar a imagem do Poder Judiciário perante a sociedade, como órgão que “aplica” a lei penal, ou seja condena e restringe a liberdade do acusado, sendo assim despreocupado com os direitos proclamados pela própria norma constitucional ao acusado.

Ressalta-se que não está de todo errado buscar garantir este outro direito; porém, garanti-lo calcado na derrocada da presunção de inocência é incorreto. O inciso LVII é contundente: a presunção deve caminhar com o acusado até o trânsito em julgado. Ponto. Não cabem interpretações que mitiguem este período de abrangência, pois a norma constitucional não deixou espaço para tanto.

Ademais, com esta linha de pensamento, denota-se que o Supremo Tribunal Federal confere maior credibilidade à legislação ordinária, que apenas regulamenta a tramitação dos recursos nos Tribunais Superiores, em prejuízo as garantias constitucionais da liberdade e presunção de não culpabilidade (FLACH, 2000, p. 64). Ocorre que, pelo grau de relevância dos direitos em jogo, percebe-se com facilidade qual deve prevalecer.

Ainda, Pierpaolo Cruz Bottini, afirma que independentemente de haver o efeito suspensivo, a Constituição Federal “[...] impede a imposição de quaisquer medidas decorrentes de juízo provisório de culpa até o trânsito em julgado”. Desta forma, deve-se considerar que mesmo superada a discussão quanto à matéria fática, a culpa ainda não está formada, pois pode também depender da solução de uma controvérsia jurídica, como quando se discute a validade das provas angariadas durante a tramitação processual (2012, p. 188) ou ainda alguma nulidade processual, sendo que em ambos os casos a prisão restaria ilegal.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. (2010, p. 605) ressalta em sua obra que o problema em questão não deve circundar quanto à concessão ou não do efeito suspensivo, pois além de considerá-lo um instituto com feições civilistas - e conseqüentemente inadequado ao processo penal - este fere a ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, pois não se pode admitir antecipação da pena.

Conforme os doutrinadores Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho (2005, p. 88), diferentemente do processo civil, onde é possível a execução provisória "(...) assegurando o gozo da propriedade, ferreteou-se, na esfera criminal, o princípio da presunção de inocência", pois a execução antecipada na esfera civil representa na grande maioria das vezes uma antecipação de cunho monetário, que se não confirmada em sentença de mérito, pode vir a ser restituída. Já a liberdade de um indivíduo nunca pode lhe ser devolvida.

Neste mesmo parâmetro importa referir que a Lei de Execução Penal (nº 7.210/84<sup>3</sup>), condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o Ministro Eros Grau (2009, p. 1055), quando se manifestou no HC nº 84.078/MG, de sua relatoria, explanou que a referida lei é condizente com a Constituição da República, como também "[...] sobrepõem-se, temporal e materialmente ao disposto no artigo 637 do CPP" qu trata sobre o efeito devolutivo.

Com isso, percebe-se que não há legitimidade em iniciar a execução da pena apenas pelo fato de não ter sido atribuído efeito suspensivo nos recursos extraordinários, pois a presunção de inocência, na condição de regra de tratamento, deve acompanhar o acusado durante todo o trâmite processual, não podendo ser diminuído seu âmbito de abrangência por norma infraconstitucional criada em meio civilista, quando existem outras regras de seu mesmo nível hierárquico corroborando o texto constitucional.

Deve-se atentar que não há espaço para interpretações quando a Constituição Federal coloca como limite explícito o trânsito em julgado. Desta forma, apenas com a superação deste marco pode-se [...] dar início a uma reprimenda penal, assim deve ser, sob pena de rasgar uma cláusula pétrea sem o menor pudor. Tal previsão não existe por mero capricho" (SILVA JÚNIOR, 2016).

Em outro ponto de seus votos, os ministros apoiaram-se no que Luís Roberto Barroso denominou de "uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer"(2016, p. 46). Utilizando-se de exemplos concretos, expressaram que devido ao fato de se necessitar do trânsito em julgado para iniciar a execução da pena, adentra-se com diversos tipos de recursos com o cunho protelatório para que se angarie a prescrição e assim o não cumprimento de eventual condenação.

---

<sup>3</sup> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Ao referir que o último marco interruptivo da prescrição penal é a publicação de sentença ou acórdão recorríveis, e devido a isso os demais recursos impetrados não são aptos a interromper a contagem do prazo prescricional, Teori Zavascki (2016, p. 18) afirma que “assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Ressalta-se que devido a previsão no ordenamento legal dos recursos processuais, os mesmos devem ser usados pelo advogado do réu, nas situações que lhes caibam, do contrário agirá de forma inepta. Outro ponto a ser atentado é que existem requisitos previstos na lei para a interposição de recursos como no extraordinário onde necessita-se a demonstração da repercussão geral, buscando assim evitar a procrastinação recursal (BOTTINI, 2012, p. 06).

Contudo, não pode-se solucionar a questão da protelatoriedade dos recursos, e ao mesmo tempo valorização da jurisdição criminal através da retenção do princípio da presunção de inocência. Assim, tais problemas devem ser resolvidos pela lei, ou seja, através de uma restrição maior das possibilidades de ingresso em recursos, por exemplo, a ser feita pelo legislador (BOTTINI, 2012, p. 06).

O Ministro Eros Grau (2009, p. 1054/1055), ao proferir seu voto no Habeas Corpus nº 84.078/MG, quanto ao assunto de recursos protelatórios, assumiu o seguinte entendimento:

Ora - digo eu agora - a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

Com isso, resta novamente evidente não ser possível restringir um direito fundamental de tamanha importância e afetabilidade na sociedade, como é o da presunção de não culpabilidade, em prol de um Poder Judiciário com maior credibilidade. Não por este caminho. Efetividade judicial não se traduz apenas na restrição da liberdade de um indivíduo quando considerado culpado, mas também em um processo equânime, onde seja oportunizando a ambas as partes a ampla defesa, o contraditório,

a celeridade no andamento do feito e isto inclui todas as oportunidades existentes na legislação para tanto a defesa como a acusação recorrerem e defender suas teses.

Nesta linha, o ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 33), em seu voto, apresentou alguns dados interessantes de exposição: apenas 1.5% dos recursos extraordinários são providos em favor do réu, e durante o período de janeiro de 2009 até abril de 2016, nas decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF, as decisões absolutórias não representaram 0,035% do total.

O repórter Brenno Grillo (2016), em artigo publicado no site Consultor Jurídico, traz outros dados igualmente importantes: refere que de 80 recursos impetrados no STJ pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 37,5% são concedidos. Englobam estes pedidos de absolvição, diminuição da pena decretada ou ainda mudança do regime recursal. Ainda, 17, 5% dos processos houve a redução da pena ou o regime foi modificado.

Ainda, Augusto Jobim do Amaral (2016, p. 03) revela que entre os anos de 2006 a 2014, de cada quatro decisões referentes a *habeas corpus*, em uma o STJ mudava algum ponto do julgamento realizado no 2º Grau.

Analisando todos estes dados apresentados, percebe-se que mesmo havendo uma pequena taxa de casos onde os réus são absolvidos no julgamento de recursos extraordinários, existe, por outro lado, uma taxa significativa de recursos que são total ou parcialmente reformados pelo STF, concedendo outras medidas que influenciam diretamente na execução da pena.

Posto isto, em uma democracia, devem legisladores e magistrados guiarem-se pelo que a muito tempo Luigi Ferrajoli pregava: a preservação do princípio da presunção de inocência, pois este protege a imunidade dos inocentes, mesmo que isto represente a impunidade de algum culpado. Com isso, mesmo sendo poucas, ou mesmo uma decisão na qual a Corte Superior absolva um réu, assim deve pautar sua conduta, preservando até o trânsito em julgado a condição de inocência. Este é o preço que deve-se pagar por uma democracia.

Ainda, sob outro viés, objetivaram alguns ministros demonstrar a razão pela qual acreditam que o princípio da presunção de inocência deve ser restringido a partir da legislação de outros países. O ministro Teori Zavascki, por exemplo, citou oito países nos quais a execução da pena inicia-se sem ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A Ministra Ellen Gracie (2005, p. 04) em seu voto emitido no julgamento do *habeas corpus* nº 85.886/RJ, relatoria ministra Laurita Vaz, externou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema. Aqui não pode ser diferente”.

Não nega-se o tratamento diferenciado de tantos outros países quanto à temática da execução da pena, porém não se pode fechar os olhos e não perceber que o Brasil, não somente referendou os tratados internacionais quanto ao tema, mas fez mais: ampliou a tutela conferida a esta garantia individual determinando que somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória é que uma pessoa perderia o *status* de inocente (ZILLI, 2010, p. 20/21). É notória a importância e o estudo das legislações exteriores, porém deve-se estar atento as peculiaridades da *terrae brasiliis*.

Lênio Luiz Streck, (2016) logo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, escreveu um artigo expondo que a Corte errou ao modificar seu entendimento, afirmando que “gostando ou não, essa é a Constituição que temos”. E mais, este é o Estado que temos: Democrático de Direito. E por isso que o processo penal deve ter seus pilares firmes na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência.

Percorrendo mais uma das motivações elencadas pelos ministros no *habeas corpus* em fomento, Luís Roberto Barroso (2016, p. 44/45) atento a credibilidade do Poder Judiciário, com base no artigo 312 do CPP, sustenta que com a decisão condenatória proferida em 2º Grau, momento este onde ocorre o exaurimento da discussão quanto aos fatos e provas angariadas durante o processo, torna-se discrepante a impossibilidade de prisão do réu devido a garantia da ordem pública.

Conforme o citado ministro, por ordem pública deve ser entendido “[...] como a eficácia do Direito Penal exigida para a proteção da vida, da segurança, e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal”. Com isso, proclama que a não execução da pena antecipadamente acaba por descredibilizar o Judiciário, devido ao longo período para repreender o delito, falhando assim com a sociedade e seu dever de proteção, deixando as pessoas com uma sensação de impunidade, como também sacode a imagem do direito penal quanto ao seu caráter preventivo (2016, p. 44/45).

Diversamente do entendimento propagado, Lucas Catib de Laurentiis (2012, p. 189) entende não ser possível a utilização de argumentos

fundados na defesa da ordem pública, como também econômica, pois se o réu encontrava-se em liberdade até a decisão condenatória em apelação e tais argumentos não foram suficientes para decretar sua prisão após a prática do crime, muitos menos o serão posteriormente ao julgamento em segunda instância e enquanto aguarda-se o julgamento de algum dos recursos extraordinários.

Devido a insegurança vivida pela sociedade, houve uma inversão no caráter do Direito Penal; criado para ser subsidiário, de intervenção mínima na sociedade e como último recurso para defesa dos bens jurídicos passou, devido ao aumento expressivo na criminalidade, a um Direito Penal máximo, tomando a posição de “guardião da segurança” (VOLPE FILHO, 2013, p. 51).

Assim, as pessoas possuem a falsa impressão de que com crescimento do número de leis que incriminam uma maior quantidade de condutas, que com a relativização de direitos fundamentais, e com a segregação dos acusados, se estará garantindo segurança pública. Posto isso, visualiza-se inúmeras reformas legislativas que ocorrem conforme os pleitos sociais, como também diversos magistrados surpreendentemente proferindo decisões que cambiam conforme interesses políticos (VOLPE FILHO, 2013, p. 53/54).

Sem dúvidas vivencia-se uma época de crise, mas é durante este período que o Estado deve procurar preservar ao máximo os princípios e os valores sociais para que a sociedade não se sobressalte com mudanças inesperadas (AURÉLIO, 2016, p. 77).

Restringir direitos fundamentais que protegem os processados pode acalantar a sociedade dando a falsa impressão de que o sistema penal está cumprindo o seu papel de restaurador da paz social, porém o passado está como testemunha das atrocidades cometidas pelo Estado em nome do “bem estar social”, não sendo diferente do que está ocorrendo atualmente. Com isto importa ressaltar a necessidade de se “[...] acautelar contra devaneios autoritários. Não interessa se as aventuras são empreendidas em nome do “bem” e da “segurança”: o que importa é o potencial que os argumentos em questão representam para vulnerar a democracia e os direitos fundamentais que são inerentes a ela” (KHALED JÚNIOR, 2016, p. 05 e 06).

Conforme preleciona Norberto Flach (2000, p. 71), o Estado não pode utilizar o Direito Penal “como instrumento de conformação de comportamentos sociais, com forte caráter simbólico e insinuador de “respostas” estatais prontas e enérgicas ao fenômeno da criminalidade”.

Portanto, a prisão não pode representar a resposta para as angústias sociais, como se, houvessem “cortado o mal pela raiz”.<sup>4</sup>

Com isso, a custódia de um indivíduo como meio de combater a imagem de impunidade criada pela sociedade não pode vingar. Como já fomentado, a liberdade individual deve ser a regra durante o trâmite processual, e não a exceção após a sentença condenatória em apelação, quando ainda pendente de julgamento recursos extraordinários. Ademais, como forma de combater atos procrastinatórios deve-se utilizar de forma mais incisiva o instituto já previsto em nosso ordenamento jurídico, qual seja o da punição a litigância de má-fé.

Acrescenta-se por fim, a todas essas razões até então expostas, o motivo mais alarmante e que torna a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação em um verdadeiro descalabro: a inclusão de um indivíduo, cuja culpa não está perfectibilizada em uma sentença penal transitada em julgado, no sistema prisional brasileiro.

O encarceramento é extremamente degradante em amplos sentidos na vida de alguém: seja fisicamente, moralmente, psicologicamente ou socialmente, não há quem saia de um presídio sem as marcas - por vezes literais - deste sistema repressor.

Como referido por Ricardo Lewandowski, surpreende esta guinada na decisão em fomento, diante do já constatado estado calamitoso no qual se encontra o sistema carcerário brasileiro, até mesmo assentido pelo próprio STF na ADPF 347 (onde reconheceu-se a falência do sistema prisional brasileiro). O Excelentíssimo, em seu voto, indaga: “então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é nosso sistema prisional?” (2016, p.98). Responde-se: não, não dever-se-ia ministro.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2000, p. 355) explana que as violações se dão devido a problemas como períodos muito compridos de encarceramento, assistência médica inadequada, corrupção, insuficiente número de funcionários, bem como o despreparo destes para lidar com as situações cotidianas de uma penitenciária, dentre outros aportes.

Desta forma, não é possível compactuar com a antecipação da pena da forma delineada no julgamento do HC 126.292, pois inserir um

---

<sup>4</sup> Winfried Hassemer (2014, p. 41) afirma que o direito penal moderno, o senso de segurança deve ser imaginado como um Direito Penal Constitucional. Conforme o autor: “esse direito deve manter as fundamentais tradições do direito penal: a referência à pessoa, a adequância da resposta à injustiça e culpa, os objetivos de proteção e cuidado. Só nessa esfera há segurança pelo direito penal”.

indivíduo, que ainda não teve o juízo sobre sua culpa concretizado em uma sentença condenatória transitada em julgado, em um ambiente nefasto como é o sistema carcerário, significa solapar tudo o que a dignidade da pessoa humana preza, principalmente diante do fato de a prisão não estar atingindo seus objetivos primordiais de prevenção e repressão dos delitos.

E mais. Não há indenização que reflita e que seja suficiente para “apagar” os efeitos de uma segregação. O Estado não pode se imiscuir, agarrando-se à saída furtiva das indenizatórias caso retire a liberdade de inocente, pois deve estar comprometido para que isso não aconteça. Para tanto, não pode relativizar o âmbito de abrangência do princípio da presunção de inocência.

Denota-se diante dos argumentos expostos, que a antecipação da execução da pena, na pendência de recursos extraordinários, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fere sim o princípio norteador do processo penal: a presunção de inocência, que além de ser um direito fundamental de todos os indivíduos, é uma cláusula pétrea.

Os três poderes, ressaltando-se o Poder Judiciário, devem sim estarem atentos aos clamores sociais, porém devem também estarem assentados em bases fixas e sólidas existentes em um Estado Democrático de Direito, e a presunção de inocência representa justamente isto. Tal Direito Fundamental procura resguardar o indivíduo de possíveis arbitrariedades do Estado quanto à restrições a sua liberdade.

Com isso, o princípio da presunção impõem um limite, que não pode ser ultrapassado ou reinterpretado: somente com o trânsito em julgado da decisão pode-se executar a pena.

De acordo com Geraldo Prado (2015, p. 12), o nosso sistema “não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica)”. Assim, não pode prevalecer o interesse na efetividade da lei penal, com a degradação da presunção de inocência.

Ademais, não pode-se negar o que custou a humanidade períodos como o inquisitório, onde conceitos como presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e dignidade da pessoa humana não existiam na prática jurídica. Por essa razão, não se pode permitir que direitos fundamentais tão arduamente conquistados sejam arruinados novamente por quem deveria preservá-los acima de tudo.

Minimizar este direito, pode, em um primeiro momento, acalantar sim os anseios populares, exaltados com o aumento da criminalidade e com



a aparente inércia do judiciário, mas isto posteriormente volta-se contra os indivíduos, pois não é a partir da retaliação de direitos fundamentais que se chegará a uma paz, a uma segurança, a uma democracia. Deve-se portanto, procurar medidas na lei que agilizem o trâmite processual, não deixando de observar princípios como a ampla defesa, contraditório, e é claro a presunção de inocência preservando-se desta forma os pilares do Estado Democrático de Direito.

## **2.2 Presunção de inocência versus efetividade da Lei Penal**

O Habeas Corpus nº 126.292 trouxe em seu íntimo o conflito entre dois grupos de normas constitucionais. A evidente primeira norma é o princípio da presunção de inocência, já muito aviltado neste trabalho, e que tem em seu âmbito de proteção a função de impedir que medidas restritivas a liberdade sejam aplicadas ao processado antes do reconhecimento de sua culpabilidade. Ocupando o outro lado da disputa, coloca-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal.

Restou elencado pelo ministro Barroso (2016, p. 40) um rol de bens jurídicos como a vida, dignidade humana, dentre outros e aonde os mesmos podem ser encontrados na Constituição da República (artigo 5º caput e inciso LXXVII e artigo 144), referindo que todos estes clamam por um sistema penal “efetivo, sério e dotado de credibilidade”, o que se traduz no cumprimento do princípio da efetividade da lei penal.

Para analisar o presente conflito, prudente seguir a avaliação proposta por Alexy, a qual já foi desembaraçada na primeira parte deste escrito, utilizando-se como modelo a análise de caso concreto feita por Paulo Gilberto Cogo Leivas (2015, p. 111 a 113) valendo-se para tanto do princípio da proporcionalidade conjuntamente com os seus subprincípios. Será uma análise mais sintética devido a extensão restrita do presente trabalho, mas mesmo assim pontual para a compreensão do tema.

Primeiramente, de acordo com o subprincípio da adequação, a restrição a algum direito fundamental deve almejar um objetivo constitucional. Assim, a Suprema Corte, com a denegação da ordem, pretendeu assegurar o princípio da efetividade da função jurisdicional, para tanto restringindo a presunção de inocência, direito fundamental elencado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Essa medida não é apta para o alcance do referido objetivo, pois permite que um indivíduo que está sendo processado, ao ser sentenciado e

condenado em segundo grau, inicie a execução da pena, mesmo que esteja pendente de julgamento um recurso extraordinário ou especial, quando a norma constitucional define taxativamente o contrário.

Conforme observado no subcapítulo supra, mesmo não sendo um princípio absoluto, a norma constitucional que consagra a presunção de inocência é clara quanto ao limite que deve ser observado tanto pelo legislador como pelo magistrado para inicialização do cumprimento da pena: o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com isso, mesmo sendo a efetividade e a credibilidade da Justiça objetivos constitucionais que devem ser buscados pelos operadores do direito constantemente, os mesmos não podem ser alcançados às custas da mitigação da presunção de inocência.

Prosseguindo na análise do princípio da proporcionalidade, consoante o subprincípio da necessidade, deve-se verificar se existem limitações menos gravosas, mais igualmente aptas para se alcançar a finalidade perseguida. No presente caso, acredita-se sim que haveria outras medidas menos restritivas e que não causariam o recrudescimento do princípio da presunção de inocência.

Uma reanálise das normas que estruturam e consagram os tipos de recursos processuais, como também seus requisitos para interposição sempre é necessário. Ademais, o combate mais fervoroso a litigância de má-fé, como também a preocupação com o número suficiente de funcionários públicos e julgadores para atender com eficiência todas as demandas deve também prender a atenção do Estado.

Por fim, segundo o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se então se franquear na lei da ponderação ensinada por Robert Alexy (p. 161 apud LEIVAS p. 111 e 112) “quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro”.

Para tanto, a primeira medida é verificar o grau de afetação do princípio da presunção de não culpabilidade pela medida da eficácia jurisdicional. Neste caso é grave o grau de lesão, pois mesmo sendo empregado para efetividade da lei penal, se está restringindo o princípio da presunção de inocência em um ponto considerado crucial, devido à restrição à liberdade de um indivíduo, antes do trânsito em julgado, quando a norma constitucional claramente veda a antecipação do cumprimento da pena.

Em um segundo momento deve-se verificar a importância de satisfação do princípio da efetividade da função jurisdicional. O Ministro

Barroso (2016, p. 40) afirma que bens jurídicos como a vida, dignidade da pessoa humana e integridade física, aliados com o princípio da duração razoável do processo e o postulado da segurança, pleiteiam a efetividade da lei penal, e ainda que a mesma credibilidade perante a sociedade, pois a execução da pena cumpre duas tarefas primordiais: desencoraja o indivíduo que cometeu o crime a praticar novas condutas ilícitas, e inibe que as demais pessoas cometam atos reprovados penalmente. Não nega-se a importância destes fatores.

Por fim, no terceiro momento deve-se analisar se a relevância da satisfação do princípio da eficácia jurisdicional legitima a o grau de lesão ao princípio da presunção de inocência.

O doutor Paulo Gilberto Cogo Leivas (2015, p. 112), ao confrontar o princípio da presunção de não culpabilidade com os princípios da moralidade e probidade, referiu que aquele por ser um direito fundamental e os outros dois direitos coletivos, o primeiro deve receber um peso maior de relevância. Igualmente aplica-se esta análise ao embate em fomento neste trabalho.

O princípio da presunção de inocência é um direito individual que preserva o indivíduo da fixação de medidas restritivas de direitos, quando não justificada sua necessidade, buscando preservar em seu âmago um dos bens jurídicos mais caros em nossa sociedade: a liberdade. Este direito expressa-se através de diversas formas, como com o direito de expressão, de associação e o de religião, mas nenhum deles é possível sem a verdadeira liberdade de ir e vir. Por isso, no presente caso concreto, se atribui um peso maior ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Para punir, não resta dúvida da imprescindibilidade do processo penal em sua plenitude: ampla defesa, contraditório, devido processo legal e a presunção de inocência, do início ao fim.

O fim do processo tem um marco bem visível, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com previsão na própria Constituição da República sendo assim uma cláusula pétrea, o princípio

da presunção de inocência impõe qual é o momento no qual se pode inculir a culpabilidade no processado.

### **3 REFLEXOS DA DECISÃO EM ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL E O DEBATE QUANTO À MUTABILIDADE (?) REALIZADA NA NORMA CONSTITUCIONAL**

Neste tópico, abordar-se-á, primeiramente, quanto à constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Relevante discussão, devido a impossibilidade de coexistência da nova interpretação realizada pela Corte Superior, no HC 126.292/SP, na norma contida no inciso LVII, da CR, com a regra acostada no indicado artigo da lei infraconstitucional.

Por fim, se analisará a base interpretativa da decisão que permitiu a execução antecipada da pena condenatória, conforme o voto do ministro Luís Roberto Barroso, qual seja a mutação constitucional, procurando entender se efetivamente a mudança de entendimento foi caso de mutação ou de ativismo judicial.

#### **3.1 A constitucionalidade do Artigo 283 do Código de Processo Penal**

Debate caloroso suscitado por alguns doutrinadores devido a decisão proferida no HC nº 126.292, foi quanto à não declaração da inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP.

O referido artigo foi incluído no CPP através da Lei 12.403/11, que modificou normas atinentes a “prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares”. Recebeu a seguinte redação:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Na exposição de motivos, a supressão de diversos artigos do CPP com a criação do artigo 283, teve como objetivo estipular que restrições a liberdade dos processados somente podem ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória em caráter cautelar. Com isso, compreenderam que: a execução “antecipada não se coaduna com

os princípios e garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito”(Projeto de Lei nº 4.208/01, p. 12).

Posto isto, importa retornar ao âmbito da decisão proferida no HC em fomento. Os ministros que votaram no sentido de denegar a ordem pleiteada, em sua maioria, abstiveram-se de comentários quanto à referida norma infraconstitucional. Apenas o ministro Luís Roberto Barroso exteriorizou seu entendimento, porém, sem nada mencionar quanto à sua constitucionalidade.

Para o referido ministro, a ponderação do princípio da presunção de inocência não encontra barreiras no artigo 283 do CPP, pois a presente norma deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, e não o oposto (2016, p. 13), ou seja, Luís Roberto Barroso acredita que o inciso LVII, do art. 5º, da CF, somente subordina a culpabilidade ao trânsito em julgado, e não a prisão, sendo assim necessário apenas a ordem escrita e fundamentada advinda da autoridade judiciária competente para que se restrinja a liberdade de um processado.

Ainda refere que para ser decretada a privação da liberdade de um indivíduo, basta uma ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Explana que isso não “esvazia” a presunção de inocência, pois existem outros efeitos que somente podem ser desencadeados com o trânsito em julgado, como por exemplo a perda de cargo, indenizações, reincidência, dentre outros.

Por fim, neste contexto o ministro Gilmar Mendes (2016, p. 67) expõe que a norma constitucional não demonstra o que significa declarar a culpabilidade de alguém. Isto, então, possibilita ao legislador infraconstitucional definir os limites desta expressão.

Denegando estes argumentos, importa fomentar que “[...] a culpabilidade e a pena são indissociáveis na tradição do Direito Penal brasileiro, sendo que aquela é o exato limite dessa” (BRAGA, 2016, p. 01). A culpabilidade é assim um “pressuposto de aplicação da pena”, analisando desta forma a conduta do réu e não a sua pessoa (MASSON, 2015).

Com isso, como a culpabilidade apenas é plenamente aferida com a sentença condenatória transitada em julgado, a pena também deve se sujeitar a este “marco temporal” (BRAGA, 2016, p. 01). Portanto, não se pode coadunar ao entendimento supra mencionado.

Importa referir que existe uma diferença entre prisão provisória a título cautelar, que abrange a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva; e a prisão provisória processual. Esta última

inadmissível diante da norma constitucional contida no inciso LVII, do art. 5º e "[...] sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inaceitável" (TUCCI, 1992, p. 135).

Assim, ninguém poderá ser preso com o intuito de cumprimento da pena quando pendente de julgamento recursos extraordinários, conseqüentemente a sentença condenatória não pode produzir seus efeitos, enquanto ainda não foram findados todos os meios de defesa existentes ao processado.

Conforme Geraldo Prado (2001, p. 45), para haver a plena efetividade da presunção de inocência, não admitir-se-ia qualquer tipo de segregação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, se assim o fosse, haveriam "reações sociais arbitrárias", devido a demanda societária por segurança, visando o combate eficaz ao crime. Com isso, o modo de manter um equilíbrio é permitindo a prisão do processado durante o trâmite processual quando o "[...] imputado puser em risco o conteúdo de verdade que o processo penal terá de buscar, ou vier a inviabilizar a aplicação da lei penal, deixando em perigo a efetivação da sanção criminal", mas por outro lado, coibir a prisão com que tenha o objetivo de iniciar antecipadamente o cumprimento da pena, pois isto somente pode vir a acontecer com uma decisão de mérito, e com o trânsito em julgado desta.

Isso significa que é plenamente possível e permitido ao magistrado restringir a liberdade do processado antes mesmo do trânsito em julgado, entretanto, deverá fazê-lo através de uma medida cautelar, que obrigatoriamente deve ser fundamentada, conforme previsão do inciso LXI, do artigo 5º da Constituição Federal. Do mandamento do art. 283 do CPP extrai-se que esta prisão não pode ter como função a execução antecipada da pena. Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 499) refere que:

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir.

A interpretação, portanto, do artigo 283 do CPP, indubitavelmente deve ser conforme a Constituição Federal, mas atentando-se ao seguinte sentido: um indivíduo somente pode ser privado de sua liberdade, diante de uma sentença condenatória transitada em julgado ou durante o trâmite processual, quando fundamentada e por ordem escrita de autoridade

judiciária competente, na condição de medidas cautelares (prisão em flagrante, temporária ou preventiva).

Diante da omissão, pelo Plenário do STF, quanto à constitucionalidade ou não do artigo 283 do CPP, a Ordem dos Advogados do Brasil (2016, p. 04) promoveu uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, que recebeu o número 44, com o propósito de reconhecimento da validade da presente norma.

Partindo deste ponto, refere a ADC que havendo a intenção, pelo STF, de sustentar o entendimento maculado no HC 126.292, terá que declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP, pois do contrário não poderão os tribunais deixarem de aplicá-lo, devido a sua permanente higidez.

Conforme referido por Lênio Luiz Streck (2016) o “judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei se a declarar formalmente inconstitucional”, com isso a decisão proferida no HC 126.292, violou expressamente a Súmula Vinculante nº 10<sup>5</sup> e o artigo 97 da Constituição Federal<sup>6</sup>. Ambos tem o intuito de não permitir que uma norma válida seja desconsiderada para alcançar um diferente propósito (STRECK, 2016).

Para se viabilizar a declaração de inconstitucionalidade, a Suprema Corte deverá trazer à baila o porquê que o artigo 283 lesa a Constituição da República (STRECK, 2016), tarefa difícil, pois conforme os advogados que subscreveram a ADC, o referido artigo sofreu a incidência da teoria da constitucionalidade espelhada, ou seja, esta norma infraconstitucional “[...] repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República” (ADC nº 44, 2016, p. 12).

Posto isto, o referido artigo teve como propósito robustecer o princípio da presunção de inocência, integrando o direito processual penal com as normas constitucionais, determinando nitidamente em quais momentos aceita-se a prisão de um indivíduo. Por isso, o STF na visão do signatários encontrava-se encurralado: se quisesse manter o novo entendimento, teria que declarar inconstitucional artigo que reproduziu o dispositivo constitucional, e assim o faria para ajustar a

---

<sup>5</sup> “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>6</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. .

legislação infraconstitucional à Constituição da República (ADC nº 44, 2016, p. 05 e 12).

Ademais, ao proferir a decisão no *habeas corpus* de nº 133.387/DF, o ministro e relator Fachin, obteve nova oportunidade de se manifestar quanto ao tema. Manteve-se fiel a posição exposta no HC nº 126.292, acrescentando pontuações quanto ao artigo em fomento. Referiu que o novo Código de Processo Civil, em seus artigos 995 e 1.029, §5º,<sup>7</sup> manteve a regra constante no artigo como o 637 do CPP e na Lei 8.038, conferindo apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário, sendo o efeito suspensivo considerado excepcional (p. 05). Com isso, a decisão emanada pelo Plenário do STF apenas confirmou a regra de provisoriedade da execução da pena e assim, não teria objetado o art. 283 do CPP.

Refere em seu voto, que se houvesse conflito entre a regra prevista no art. 283 do CPP com as normas que estipulam o efeito devolutivo nos recursos excepcionais, o mesmo se resolveria através de um "critério temporal", ou seja, deveria prevalecer o novo CPC, pois tem vigência posterior (p. 06).

Ocorre que, este critério não é o mais adequado para a resolução do presente embate, pois enquanto o Código de Processo Penal é lei especial, o Código de Processo Civil é lei geral, sendo assim, um não pode revogar o outro devido a especialidade. Ademais, a discussão ultrapassa o âmbito das legislações infraconstitucionais, uma vez que o art. 283, conforme supra mencionado, espelha uma norma constitucional, e ainda, visa resguardar o direito fundamental da liberdade (STRECK, 2016).

Com isso, independentemente de ter ou não ter efeito suspensivo, a regra tanto prevista no artigo 5º, LVII, da CF, como a constante no artigo 283, do CPP são claras: a execução da pena através da segregação do indivíduo apenas pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A parte desta discussão, o Plenário do STF por maioria, ao julgar a ADC 44 em conjunto com a ADC 43 (que por clara conclusão buscava o mesmo apelo) entendeu que o art. 283 do CPP não impede o início da

---

<sup>7</sup> Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Art. 1.029 § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.



execução da pena após condenação em segunda instância, sendo que houve uma reafirmação dos argumentos utilizados no julgamento do HC 126.292.

### **3.2 Ocorrência de mutação constitucional ou ativismo judicial?**

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a guinada ocorrida no entendimento do Supremo Tribunal Federal é possível devido ao instituto da Mutação Constitucional. Com isso, relevante sua análise.

A Constituição Federal deve representar para o Estado e para os cidadãos estabilidade, e para isto, possui um critério formal e rígido para modificação de suas normas que ocorre através de emendas ou revisão. Por outro lado, a sociedade, ao construir sua história, muda de valores a todo instante. Há 28 anos, a Constituição Cidadã procurou proteger determinados direitos e assegurar garantias que na época se apresentavam essenciais aos indivíduos, mas hoje nem todas mostram-se relevantes. Assim, as normas constitucionais também devem ser maleáveis e aplicadas conforme o contexto social. Para tanto, há um meio informal para realizar tais modificações de interpretação na Constituição, este denominado de mutação constitucional (PINTO, 2007, p. 05 e 06).

Tal instituto permite a alteração da interpretação da norma constitucional, mas sem alterar o seu texto. Neste sentido, para Glauco Salomão Leite (2009, p. 102), mutação constitucional "[...] consiste em uma modificação da norma jurídica (resultado da interpretação), impulsionada por novos fatores sociais, políticos e/ou econômicos, mas mantendo-se intacto o Texto Constitucional".

Isto é possível devido a diferenciação existente e já aceitável doutrinariamente entre norma e texto. Contudo, importante ressaltar que norma e texto não deixam de se concatenar "sendo norma o produto da construção do sentido de um texto, estando, portanto, limitada aos limites semânticos do texto" (GUIMARÃES, 2014, p. 72).

Para tanto, exige-se a observância de dois limites a mutação constitucional: o primeiro refere-se a semântica da norma constitucional, procurando-se preservar o sentido primordial desta. Em outras palavras, é o limite imposto pelo texto constitucional. Ultrapassando-o, o interprete estará deturpando a Constituição. Assim, procura-se evitar eventuais arbítrios realizados pelos juízes diante de suas aspirações pessoais (GUIMARÃES, 2014, p. 71/72).

O segundo limite refere-se a necessidade do respeito aos princípios fundamentais, como também ao núcleo essencial da Constituição, preservando-se desta forma o sistema constitucional em sua totalidade (GUIMARÃES, 2014, p. 73/75).

Fundamenta o entendimento do ministro Luís Roberto Barroso o fato de que a mudança de paradigma quanto à execução provisória da pena é uma mutação necessária para corrigir os danos causados pela primeira mutação ocorrida com o HC nº 84.078 de 2009, pois diante da atual conjectura social não aceita-se uma interpretação do inciso LVII, “conservadora e extremada” (2016, p. 6 e 08).

Refere-se ainda o Ministro Barroso (2016, p. 09), que a presunção de inocência necessita de “uma interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais com ao vida, a integridade psicofísica, a propriedade - todos com status constitucional”.

Em contraponto, o doutrinador Lênio Luis Streck (2016), explana que o julgamento proferido no HC 126.292 não efetuou uma mutação constitucional na norma contida no inciso LVII, do art. 5º, da CR, pois a modificação de entendimento perpetrada não somente remodelou a norma, mas como também o texto constitucional.

Em outro escrito, Streck (2007) explica que o Direito em si e principalmente o texto constitucional, não podem estarem sujeitos a inflexão livre de sentido. Assim, alerta que em alguns casos, a mutação representa a troca do Poder Constituinte pelo Poder Judiciário, sendo tal substituição incabível. “Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”. Por isso, afirma o referido doutrinador que a decisão determinando a execução da pena posteriormente a decisão condenatória em segundo grau representou ativismo judicial (STRECK, 2016).

Posto isso, necessário se faz uma análise mais abrangente quanto ao instituto do ativismo judicial.

A jurisdição deve ser definida como “função estatal de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação contravertida”(THEODORO, 2004, p. 34). Com isso a atividade de jurisdição é uma atividade provocada pelos interessados, para resolução de conflitos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, confirmou-se a relação existente entre Direito e Política, o que possibilitou um crescimento na atuação do Poder Judiciário, e conseqüentemente abriu as portas para o fenômeno do ativismo judicial (TASSINARI, 2013 p. 26).

Atualmente, denota-se a ineficácia e a omissão dos poderes Legislativo e Executivo em realizar suas funções primordiais, não conferindo, e muito menos garantindo os direitos fundamentais necessários a todo o cidadão. Soma-se a isto o descrédito junto a opinião pública, diante dos diversos escândalos políticos que vieram a tona nos últimos anos.

Diante desta triste realidade, os magistrados de todo o país tem assumido o papel de representantes do povo para concretizar o texto constitucional (COSTA; DUARTE, 2016, p.13). Para o Poder Judiciário “[...] foi outorgada a condição de escudo da sociedade, protetor dos direitos individuais contra os avanços indevidos do Estado” (BOCCATO, 2015, p.68), como também pressiona-se o mesmo por celeridade para a realização dos fins da Carta Magna, para a fruição dos direitos fundamentais.

Desta maneira, o Poder Judiciário, utilizando-se dos princípios e dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, procura contornar as omissões dos demais poderes, para desta forma garantir soluções justas ao caso concreto (ARANHA FILHO, 2014, p.308), não se vislumbrando mais um juiz inerte diante do processo.

Este é cenário político e social que contribui para a propagação do ativismo judicial na sociedade brasileira, adquirindo conotação ampla, o que dificulta sua conceituação.

A origem do termo ativismo judicial remonta o século XX, nos Estados Unidos da América, desenvolvido para criticar a atuação de juizes que criavam jurisprudências a partir de critérios subjetivos, em questões sociais que deveriam ser debatidas pelos poderes legitimados pelo voto popular (PELLEGRINI; TURATTI, 2015, p.225).

Para o doutrinador Milard Zhak Alves Lehmkuhl (2015, p. 16 e 17), para a expressão ativismo judicial, deve ser atribuído o sentido de “[...] representar a ação política expansiva e criativa do juiz na defesa e implementação de valores ligados à dignidade humana expressos no núcleo da constituição”. Ou seja, segundo o referido autor, os magistrados não podem ser aplicadores frios da lei, e diante da omissão dos demais poderes, deverá agir como “produtor da norma jurídica”.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso aduz que o Poder Judiciário, dotado de jurisdicionalidade, em nome da concretização dos valores e fins

constitucionais, acaba interferindo no meio de atuação dos demais poderes. A partir disto autor cita três diferentes condutas nas quais o Judiciário pode se manifestar ao assumir uma postura ativista:

[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 04).

O doutrinador Thiago Teraoka (2015, p.117) acrescenta as condutas de Barroso mais um critério, qual seja, a superação de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesta mesma linha de raciocínio, quem defende o ativismo judicial afirma que o mesmo contribui para o aprimoramento da democracia, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, pois assim o Poder Judiciário interfere de forma mais ativa no espaço dos demais poderes, concretizando desta forma um maior número de valores e fins constitucionais.

Como já referido, o ativismo vem se espalhando diante da omissão dos demais poderes, o que leva a uma atitude proativa do Judiciário para a efetivação das políticas públicas. Outro motivo é que o mesmo não pode se furtar do julgamento de uma demanda diante da falta de solução legislativa adequada ou quando o Poder Executivo foi omissivo na implementação de direitos fundamentais. Conjuntamente, deve atuar frente a não implementação de políticas públicas em prol da sociedade (TESHEINER, 2015, p.136).

Ocorre que essa intervenção não pode ser indiscriminada, devendo haver uma ponderação entre os meios que encontram-se disponíveis aos magistrados e os fins desejados, preservando-se a razoabilidade e a proporcionalidade.

O professor Schelesinger compreende que mesmo que o ativismo tenha como propósito o caráter politicamente progressista, ele pode representar uma ameaça a democracia, pois quem deve tomar as decisões sobre como deve ser efetivada a proteção dos direitos fundamentais é as instituições eleitas democraticamente (DIMOLIUS, 2011, p.461).

Existem doutrinadores que se inquietam com a instauração do ativismo judicial no Brasil, afirmando tratar-se de uma ação do Poder Judiciário desautorizada pela Constituição Federal quanto à separação dos poderes, como também por ser incumbência do Poder Legislativo, mesmo com suas imperfeições e omissões, decidir as regras de solução de conflito na sociedade, pois o deve fazer através do debate, levando em consideração a pluralidade de concepções existentes (BOCCATO, 2015, p.69).

Outro ponto a se temer é que, mesmo havendo o lado positivo de se estar agindo em prol da sociedade, buscando alcançar-lhes os direitos fundamentais, quando o órgão responsável por esta função não a realiza, há o lado negativo de ser o ativismo “[...] o instrumento mais efetivo de concentração de poder nas mãos de um só órgão, quiçá de uma só pessoa” (BOCCATO, 2015, p.70).

Com propriedade escreve o autor Daniel Sarmiento (2007, p 144) que alguns juízes deslumbrados com a possibilidade de buscarem a justiça, passaram a negligenciar o dever que possuem de fundamentar os seus julgados. Conforme o autor, o decisionismo está “travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões gradiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeira “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser”.

Quem vê o ativismo com maus olhos, refere que decisões proferidas com convicções pessoais do julgador, onde este modifica o sentido do texto da lei, devem ser chamadas de “posturas ativistas”. A discricionariedade judicial, portanto, pode levar tanto a posturas vanguardistas como conservadores, pois são baseadas em considerações pessoais ou políticas de quem as julga. “Daí não haver sentido em se falar acerca de bom ou mau ativismo” (ABBOUD, LUNELLI, 2015, p. 29).

Com isso, questiona-se se o sentido do texto constitucional e até mesmo das leis estão a disposição do intérprete – no caso o juiz – para que o mesmo o modifique de acordo com que acredita ser o mais justo, somente em conformidade com suas convicções.

Percursor no trato do tema, Lênio Luis Streck (2013) relata que o protagonismo judicial do Poder Judiciário para muitos é inevitável, mas ressalta que o magistrado, ao atribuir sentido a norma, não significa que ele possa dar o sentido que lhe convier, deixando de observar o texto constitucional, pois do contrário se estará ferindo a democracia.

Com o ativismo judicial, denota-se decisões que revelam as preferências políticas de cada magistrado, e com isso, o ativismo deve ser compreendido como um “problema de legitimidade democrática” (ABBOUD, LUNELLI, 2015, p. 31).

Para a doutrinadora Clarissa Tassinari (2011, p. 136/138), o enfoque e o fortalecimento cada vez maior do Poder Judiciário, vindo este a agir encoberto pelo ativismo judicial, deve ser “contido”, devido ao desrespeito perpetrado por este na separação dos poderes, assumindo responsabilidades incumbidas ao executivo e ao legislativo, ultrapassando uma necessária e aceitável cooperação, vindo assim a atuar de forma discricionária.

### **3.3 Análise do caso sob a perspectiva de ambos os institutos**

Compulsando os votos que resultaram na mudança de interpretação do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República, como também analisando os conceitos supra expostos, não é possível denotar a ocorrência de mutação constitucional.

Os ministros, ao afirmarem que a presunção de inocência pode ser mitigada, devendo a execução da pena condenatória ocorrer independentemente de estarem pendentes recursos extraordinários, não só mudou o sentido da norma constitucional, como também o seu texto. Claramente o inciso indicado refere que a pena somente pode ser executada após o trânsito em julgado. O HC 126.292, porém, propõem o justamente o inverso: a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Assim, ao ultrapassar “os limites semânticos do texto constitucional” (STRECK, 2016) restamos perante uma decisão imbuída de ativismo judicial, que neste caso ultrapassou o limite da interpretação dita razoável.

O Poder Judiciário não pode restar inerte diante das novas circunstâncias sociais e os diferentes valores construídos em cada época, estando os magistrados em uma posição muito favorável para perceber com mais facilidade os mencionados câmbios societários. Contudo, importante ressalva faz o doutrinador Délio Lins e Silva Júnior (2016):

Os anseios populares devem ser ouvidos, sim, mas pelas nossas casas legislativas. O Poder Judiciário não pode pautar sua atuação pelo clamor social, mas sim pelas leis existentes e vigentes em nosso ordenamento jurídico. O "eco no tecido social" não pode ser míope e mudar de acordo com as conveniências de cada composição que a nossa Suprema Corte venha a ter.

Com isso, não pode-se aceitar a flexibilização demasiada da interpretação das normas, principalmente as contidas na Carta Magna. O intérprete deve ter um limite, mesmo diante da ineficiência dos demais poderes e na presença de mudanças sociais. Este marco é a semântica da norma. O doutrinador Lênio Luís Streck (2015) apregoa: "juristas devem lutar dentro das regras de jogo e *bajo a la* Constituição. A democracia, do mesmo modo, mesmo quando não funciona bem, não pode ser vista como um problema".

No presente caso, estamos tratando de uma modificação realizada em uma cláusula pétreia, que em seu núcleo essencial busca proteger a liberdade dos indivíduos. Para atingir os objetivos visados pela decisão proferida no HC nº 126.292, como a eficácia da jurisdição penal, não podemos restringir a presunção de inocência na forma deliberativa como ocorreu. O inciso LVII é, como por reiteradas vezes afirmado, claro em sua redação. A execução da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado.

Modificar o texto desta norma constitucional foi uma manobra imbuída pelo ativismo judicial, e não se pode assentir com tal infringência. O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, sendo uma de suas funções a fiscalização do cumprimento dos direitos fundamentais não aceitando-se o papel de criador de novos conceitos para trânsito em julgado nem para qualquer norma constitucional. Assim, não há fundamento plausível para se aceitar tal derrocada e modificação de sentido de um texto constitucional totalmente claro em sua redação, cabendo o retorno a jurisprudência anteriormente já pacificada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal elenca diversas garantias e direitos que devem ser respeitados e assegurados a todos os indivíduos. Dentre estes, encontra-se a presunção de inocência: direito fundamental, que durante trâmite processual, busca proteger o acusado em múltiplos sentidos, visando que a imputação da culpabilidade somente ocorra através de uma sentença condenatória transitada em julgado - e a partir deste momento, a inicialização da execução da pena - devendo tal ser lastreada em provas angariadas lícitamente e que permitam a conclusão indubidosa da culpa, pois do contrário a absolvição deve se impor.

A exaltação do princípio da presunção de inocência não pode ser vista como uma afronta à segurança jurídica, nem a eficácia da lei penal, muito menos a direitos outros como a vida e a propriedade, pois com ele existe a intenção de assegurar um dos direitos mais caros a todos os indivíduos: sua liberdade.

Isto não representa a eliminação de todo o tipo de prisão. A restrição a liberdade do acusado pode ser determinada cautelarmente, com o intuito de garantir o processo, lastreado em um dos fundamentos contidos no artigo 312 do CPP. Porém, tal não pode ser utilizada com o intuito de cumprimento antecipado da pena, pois desta forma esvai-se o conceito de cautelariedade e desrespeita-se o princípio da não culpabilidade, diante do fato de que a pena somente por ser inculcada ao processado mediante comprovação da culpa pelo delito imputado. Com isso, a execução da pena somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Presencia-se um Estado caótico devido a crise em diversos setores, estimulada pela corrupção sendo desvendada nos Poderes Executivo e Legislativo. A insegurança tomou conta da sociedade, que devido ao aumento da criminalidade clama e pressiona o Poder Judiciário pela eficiência no trâmite dos processos em âmbito penal, com a custódia imediata dos acusados. Ocorre que, este estigma criado em relação a prisão, como em relação as pessoas que sofrem um processo criminal, as quais não podem possuir nenhum tipo de garantia ou até mesmo respeito durante o procedimento, devem ser ceifadas e não estimuladas como acabou fazendo o Supremo Tribunal Federal com a decisão proferida no HC 126. 292.

O Estado Democrático de Direito está calcado na dignidade da pessoa humana, sendo assim, todos os processados tem o direito a ter sua liberdade como regra e não como exceção. Ademais, encarcerar atualmente não representa mais punibilidade e ressocialização a pessoa alguma, e sim é uma instituição com valores deturpados, insalubre e corruptiva.

A Suprema Corte, ao inovar na interpretação do inciso LVII, do art. 5º da CR, pretendeu mitigar a presunção de inocência, conforme o andamento processual e as condenações sobrepujadas, favorecendo assim a eficácia da lei penal, e a quebra do paradigma da impunidade e da protelariedade recursal. Ocorre que, mesmo com todo merecido respeito, enganou-se o STF ao reformular seu entendimento.

Falhou, pois ultrapassou o limite semântico da norma constitucional, reinscrevendo o seu texto, conspurcando função que não



lhe foi atribuída. Como visto, não há norma irrestringível, todas podem sofrer algum tipo de diminuição em seu campo de atuação frente ao caso concreto. Porém, existem limites, e no caso do inciso LVII, estes encontram-se claros, pois não há dificuldades no significado da expressão "trânsito em julgado".

Ocorre que com a decisão em fomento, a Suprema Corte agiu de forma ativista, não respeitando os ditames constitucionais e ainda distorcendo o art. 283 do CPP que nitidamente se espelhou no texto constitucional, pois o reproduziu para permitir que a lei infraconstitucional pudesse estar conforme os ditames da Carta Cidadã.

Ademais, não nega-se a justeza dos argumentos, porém os mesmos não poderiam ter sido calcados na derrocada do princípio da presunção de inocência. Existem outros meios nos quais é possível atingir as mesmas pretensões. Caminhos mais longos, sem dúvida, mas mais alinhados com os propósitos constitucionais, como uma reformulação nas regras processuais, a aplicação mais eficaz das normas que combatem a protelariade processual, e um maior desenvolvimento e eficiência administrativa.

Em tempos como os vívidos atualmente, os pilares da democracia devem estar firmes e não modificarem-se conforme a política brasileira, ou seja, normas como a presunção de inocência que são direitos individuais não podem ser eliminados em prol de interesses ditos sociais, que na verdade são ponderados superiores a este com o propósito de acalantar os pleitos da sociedade.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal reformule seu julgamento, retornando ao pacificado entendimento de que a presunção de inocência não pode ser mitigada, devendo perder sua cogência apenas no momento em que transitada em julgado uma sentença condenatória penal, sendo este o período demarcatório para a inicialização da execução da pena.

Aguarda-se pelos próximos capítulos desta história, triste em seu enredo pelos diversas feridas causadas ao principio da presunção de inocência, mas que se espera um final feliz, onde a força normativa

constitucional vença, e assim sejam respeitado os direitos mais primordiais a todo o cidadão: a liberdade como também a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. LUNENNI, Guilherme. **Ativismo judicial** e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista Processo. Vol. 242 ano 40. São Paulo, abr 2015.

ALMEIDA, Joaquim Caetano de. A aplicação da teoria da proporcionalidade constitucional no direito penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 38, out./nov. 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 281, abr. 2016.

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues Castro. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. Revista de Direito Constitucional e internacional. v.22.n.86. São Paulo, 2014.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. Revista Liberdades, São Paulo, n. 4, mai./ago. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3º ed. rev. atual. ampl. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A doutrina da proibição de insuficiência (“*untermabverbot*”). In HECK, Luis Afonso (org.) Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 1º/03/2016.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In LEITE, George Salomão. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. Malheiros. São Paulo, 2003.

BRAGA, João Marcos. Incongruências históricas julgamento do HC 126.292. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-04/joao-braga-incongruencias-historicas-julgamento-hc-126292>> Acesso em 02 de agosto de 2016.

BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 23, n 90. São Paulo: 2015.

BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência: art. 32., n. 2, da CRP. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 70, p.433-461, 1994

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 117. out. 2012.

CATENA, Víctor Moreno. Sobre o princípio da presunção de inocência. *Revista CEJ*, Brasília, v. 19, n. 67, ago./dez. 2015.

COSTA, Igor Amaral da; DUARTE, Hugo Garcez. Jurisdição constitucional: reflexões sobre a judicialização da política e o ativismo judicial no STF sob a (in)efetividade dos direitos fundamentais. Uma crise de representatividade? *Revista Bonijuris*. nº 626. Curitiba, 2016.

CROZARA, Rosberg de Souza. Prisão e liberdade: qual o real sentido da presunção de inocência?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIMOLIUS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasoaretto. Ativismo e autocontentação judicial no controle de constitucionalidade. In: FALLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. JusPODIVM. Salvador, 2011.

FERRAIJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3º ed. rev. trad. Norberto Bobbio, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras de ponderação racional. In HECK, Luis Afonso (org.) Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES, Pablo Cesar Borgo. Mutação Constitucional: alguns apontamentos sobre seus limites. Direito Público. v.10. n. 57. São Paulo, mai/jun. 2014.

GRILLO, Brenno. STJ aceita 37,5% dos recursos pedindo absolvição, diz Defensoria do RJ. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-25/stj-aceita-375-recursos-pedindo-absolvicao-defensoria> > Acesso em 12 de agosto de 2016.

HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo direito penal: uma resposta para as atuais necessidades de segurança? Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 12, n. 55, out./dez. 2014.

HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principlol gicas da constituição. Malheiros. São Paulo, 2003.

HULSMAN, Louk H.C. Abolicionismo penal e deslegitimação do sistema carcerário: uma conversação com Louk Hulsmann. Verve: revista semestral do Nu-Sol- Núcleo de Sociabilidade Literária. n. 21. São Paulo, mai. 2012.

KHALED JÚNIOR. Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. Boletim IBCCRIM. v. 2. n. 281. São Paulo: abr. 2016.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial. Boletim Científico ESMPU. n. 38. Brasília, jan./jun. 2012.

LEHMKUHL, M lard Haf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. Revista Bonijuris. n  615, Curitiba, 2015.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipóteses de mutação (in)constitucional. *Direito Público*. v. 7. n. 29. São Paulo: set./out. 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In HECK, Luis Afonso (org.) *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 8º ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIR PUIG, Santiago. O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 19, n. 1, jan./mar. 2009

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução penal e falência do sistema carcerário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 8. n. 29. São Paulo, jan./mar. 2000.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Os princípios da interpretação constitucional: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos. *Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, jan./jun. 2011.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. O princípio constitucional da proporcionalidade como limite de proteção ao bem jurídico. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15º ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PELLEGRINI, Janine Maria; TURATTI, Luciana. As deliberações do STF relacionadas a definições de direitos fundamentais: é possível falar em ativismo judicial? *Revista dos Tribunais*. nº 952, .São Paulo, 2015

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. O inquietante fenômeno da mutação constitucional. *Revista Bonijuris*. v. 19. n. 528. Curitiba, nov. 2007.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Prisão e liberdade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v.283, mai. 2001.

\_\_\_\_\_. O trânsito em julgado da decisão condenatória. *Boletim IBCCRIM*. v. 23. n. 277. São Paulo: dez. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro. *Revista direitos humanos fundamentais*, Osasco, v. 14, n. 1, jan./jun. 2010.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos Garantistas - uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. *Revista dos Tribunais*. v. 899, pSão Paulo, set. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Notas sobre o princípio da presunção de não culpabilidade. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 22, n. 63, abr./jun. 1996.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Cidadania condenada, em segunda instância, pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/lins-silva-jr-cidadania-condenada-segunda-instancia-stf>> Acesso em 07 de setembro de 2016.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 48, n. 192, out./dez. 2011

STRECK, Lênio Luiz, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)> Acesso em: 18 de agosto de 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004

\_\_\_\_\_. "O problema é o processo", Dr. Moro? Até Reinaldo Azevedo sabe que não! Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao>> Acesso em 28 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. O Supremo não é guardião da moral da nação. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>> Acesso em 1º de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>> Acesso em 1º de julho de 2016.

\_\_\_\_\_. Teori do STF contra Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 - sinuca de bico para o STF! Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>> Acesso em 12 de junho de 2016.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In. LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. Malheiros. São Paulo, 2003.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. Cadernos Jurídicos. v. 16. n. 40. São Paulo: 2015.

TESHEINER, José Maria da Rosa; THAMAY, Renan Faria Kruger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. V. 23. n. 92. Belo Horizonte, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 33. São Paulo, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Presunção de inocência e prisão provisória: análise crítica da súmula n. 09 do Superior Tribunal de Justiça. *Fascículos de Ciências Penais*. v. 05. n. 2. Porto Alegre abr./jun. 1992.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. Direito Penal líquido: análise do direito penal contemporâneo à luz da sociedade da insegurança. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*. v. 14. n. 82. Porto Alegre, out./nov. 2013.

WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de. Crítica à execução antecipada da pena (revisão da súmula 267 pelo STJ). *Boletim IBCCRIM*. ano 12. n. 149. São Paulo: abr. 2005.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 18. n. 85. São Paulo, jul./ago. 2010.



# SIM, SENHOR: UMA LEITURA SOBRE O PAPEL DAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

Karina da Silva Meneses\*

Valena Jacob\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Considerações iniciais. 2 Igualdade e desigualdade quanto ao gênero; 2.1 Igualdade à luz de Rousseau e Kant. 2.2 Surgimento da luta feminista por igualdade. 2.2.1 Igualdade na diferença. 3 A evolução histórica do papel da mulher no mercado de trabalho. 3.1 A sociedade paternalista e o assédio no ambiente de trabalho. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como propósito apresentar a evolução histórica do papel da mulher no mercado de trabalho. Para compreender como se chegou ao quadro que se tem hoje, faz-se mister analisar o que se entendia por igualdade na antiguidade e como este conceito reforçou o modelo androcêntrico de sociedade. Em seguida, busca-se entender a importância do feminismo na luta contra o patriarcado para que seja atingida a igualdade de gênero em vários aspectos, inclusive o trabalhista. Assim, apresentar-se-á a forma como as mulheres vêm sendo tratadas nas relações de trabalho, observando se a discriminação perdura ou se foi suprimida.

**Palavras-chave:** Mulher; Igualdade; Discriminação; patriarcado; relações de trabalho;

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to present the historical evolution of the role of women in the labor market. In order to understand how the current situation has been reached, it is necessary to analyze what was meant by equality in antiquity and how this concept reinforced the androcentric model of society. Next, it seeks to understand the importance of feminism in the struggle against patriarchy and to achieve gender equality in various aspects, including labor. Thus, it will be presented the way in which women have been treated in the labor relations, observing if the discrimination lasts or has been suppressed.*

**Keywords:** *Woman; Equality; Discrimination; Patriarchy; work relationships;*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A mulher, fonte de românticas e idealizadoras literaturas, sempre foi retratada como portadora de docilidade e amor incondicional, logo, seria para a sociedade, a paixão e o homem a razão. Estes ideais, arraigados pela cultura paternalista corroboram por atrelar a mulher ao irracional e o homem ao racional.

Por muito tempo, a mulher esteve relegada ao âmbito doméstico, onde cuidava da casa e dos filhos. Este trabalho, apesar de não remunerado e fadigoso, nunca recebeu o devido valor, por se perfazer no interno do lar, enquanto os homens recebiam as honrarias de prestar, para a sociedade,

\* Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela UNIDERP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará –CESUPA.

\*\* Doutora e Mestre em Direito pela UFPA. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da UFPA; Diretora da Faculdade de Direito da UFPA e Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA.

um trabalho dignificante. A história das sociedades, de um modo geral, apresentava uma nítida divisão entre o público e o privado. Os homens pertenciam à esfera pública, pois deles dependiam as decisões políticas e o sustento do lar, já as mulheres pertenciam à esfera privada, cuidando de suas casas e de seu provedor.

No intramuros familiar, as mulheres ficavam responsáveis pela educação dos filhos e ensinava-os a serem cidadãos. Em contrapartida, mesmo educando os cidadãos, assim não eram consideradas, não sendo convidadas a participar da política do Estado.

Os anos se passaram e com eles várias barreiras foram rompidas. A custa de duras lutas as mulheres foram ganhando espaço como cidadãs e trabalhadoras. Todavia, apesar de ter havido um abrandamento da divisão sexual do trabalho até então existente, os ditos ganhos políticos parecem estar longe de ser o esperado, levando em conta que as mulheres não chegam a ocupar nem 10% das cadeiras do Congresso Nacional no Brasil.

Quanto ao trabalho, as mulheres ganharam espaço face a necessidade de contratação de mão-de-obra barata, o que lhes custou uma trajetória de submissão e pobreza. Esse quadro ainda permanece, mesmo frente aos movimentos feministas que se agigantam na defesa das mulheres.

O objetivo do presente trabalho é averiguar se o modelo antropocêntrico de sociedade, permanece nos dias atuais ou se já é possível afirmar que existe igualdade de gênero no ambiente de trabalho. Para tanto, a pesquisa se divide em dois capítulos.

O primeiro capítulo está voltado ao conceito de igualdade, para que se possa delinear o que de fato se está buscando quando o termo vem à tona. Para isso foram trazidos dois dos principais teóricos do tema nos séculos XVII e XVIII, investigando de que forma eles influenciaram na manutenção do patriarcado, as lutas que foram travadas para romper com os paradigmas por eles postos e, o que se busca de fato quando se fala em igualdade.

No segundo capítulo analisou-se a evolução do modo como a mulher foi inserida no ambiente de trabalho e se houve alguma mudança significativa de seu papel no local de labor.

Para a consecução deste trabalho, a metodologia utilizada foi a dedutiva, pautando-se em levantamentos bibliográficos referente ao tema.

## **2 IGUALDADE E DESIGUALDADE QUANTO AO GÊNERO**

### **2.1 Igualdade à luz de Rousseau e Kant**

Ao pensar em igualdade de gênero- masculino e feminino e nas longas batalhas que foram e vêm sendo travadas pelos movimentos feministas, com o propósito de atingir este objetivo, deve-se, *a priori*, pensar no que significa o termo “igualdade”. Iniciar-se-á com o conceito outrora concebido para o termo e, em seguida, as lutas feministas para a alteração da lógica patriarcal que norteou o tema, para, então, compreender a igualdade que se busca atingir.

De acordo com Jiménez Perona (1995, p. 121) a rede categorial a que se liga o conceito de igualdade tem como pontos chave: a “liberdade”, a “natureza” e a “cidadania”. Esta rede data fundamentalmente da produção filosófica dos séculos XVII e XVIII. Há duas teorias fundamentais quanto ao tema, a que situa a liberdade como conceito matriz, fazendo dela depender a igualdade, e a que dá prioridade da prioridade à igualdade, da qual depende a liberdade.

No período histórico supracitado, Rousseau desponta como um dos principais teóricos defensores da igualdade econômica e política, bem como da liberdade como autonomia. Consoante Perona (1994, p. 122-123) a desigualdade para Rousseau seria a origem do mal, assim, para instaurar a igualdade, o autor propõe a repartição de bens (fortunas) e grandes propriedades, bem como o estabelecimento de um pacto social legítimo, produto da vontade geral com o fim de atingir o bem comum. O pacto social obrigaria a todos, pois são seus criadores. Deste modo, os sujeitos do pacto seriam cidadãos iguais no âmbito do espaço político.

Para Kant, teórico que defende a liberdade como pressuposto para se alcançar a igualdade, a primeira seria proveniente de um conceito liberal. Segundo o autor “a liberdade tem de pressupor-se como a propriedade da vontade de todos os seres racionais. A todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente a ideia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir” (KANT, 1948, p. 95-96).

Jiménez Perona afirma (1995, p. 124) que para Kant a liberdade estaria atrelada a faculdade de não obedecer a nenhuma lei exterior senão no limite em que pôde dar-lhe o seu consentimento. Marcelo Campos Galuppo (2002, p.81), quanto ao tema, aduz:

A liberdade não é agir independentemente do dever, mas, ao contrário, agir conforme e sobretudo por dever. Liberdade não é o agir sem normas, ao contrário, liberdade implica a disposição de seguir as normas que o próprio sujeito moral se representa, tendo em vista apenas o respeito que devemos a elas.

Além disso, para essa teoria, a liberdade também teria uma faceta negativa, que implica no fato de que a capacidade de ação de que dispõe um indivíduo, não pode interferir na capacidade de ação de outro.

Marcelo Galluppo (2002, p. 80) segue afirmando:

Em que situação a ação humana (e a Razão) pode ser considerada livre? Se a ação humana é aquela que não sofre influência de uma força externa, então, em um primeiro momento, liberdade pode ser concebida como não submissão. Ser livre é não se submeter a nada de externo a nós. Esse é o conceito negativo ou prático de liberdade apresentado por Kant na Crítica da Razão Prática, e significa basicamente independência, ou seja, não-necessidade na orientação da ação.

Quanto à igualdade, para Kant esta pode ser definida como “a coação que o direito exerce sobre todos os indivíduos de maneira uniforme a fim de respeitar sua liberdade” (PERONA, 1995, p. 125).

Estas teorias foram trazidas com o intuito de demonstrar que, apesar de cunharem um paradigma universalista, este universalismo é excludente, visto que em ambas, o espaço político que é criado não tem como propósito tratar todos os membros da sociedade como iguais. Assim, de acordo com Perona (1995, p. 126) desaparecem os privilégios de sangue, no entanto, se reconstroem novos privilégios.

Para Rousseau (1999, p. 515) “Sofia deve ser mulher, como Emílio é homem”, diferenciam-se em tudo que dependa do sexo, devendo os mesmos terem educação diferenciada. O homem é ativo e forte, a mulher é passiva e fraca.

Por sua vez, Kant deixa a mulher fora do seu âmbito de referência. Para ele as mulheres formam parte do gênero humano, porém são “outra

classe de homens; possuem razão, porém não devem usá-la igual aos homens, nem a desenvolver na mesma direção”. (PERONA, 1995, p. 127).

Assim, as mulheres foram excluídas das principais teorias sobre igualdade que influenciaram os séculos XVII e XVIII, relegadas à condição de submissão. A sociedade edificada à luz do patriarcado permanece ainda nos dias atuais, contudo, a luta feminina por direitos galgou progressos efetivos na busca por igualdade, mas a trajetória rumo a esses avanços não foi (e nem é) fácil, encontrando resistências até os dias atuais.

## **2.2 O surgimento da luta feminista por igualdade**

As lutas do feminismo e entre os feminismos demonstra o quanto o tema é complexo. São diversas as correntes que se conceituam feministas e que lutam por igualdade sob vários aspectos. Mas de onde advêm o feminismo e o que teria de matriz para unir suas várias vertentes?

Geneviève Fraisse (1989, p. 157) afirma que o adjetivo “feminista” foi utilizado pela primeira vez por Alexandre Dumas Filho, em seu panfleto “O homem-mulher”, no ano de 1872, cujo conteúdo versa acerca de temas como adultério.

De acordo com Beatriz Preciado (2014, n.p.), Dumas retirou a palavra de uma tese médica intitulada “Sobre o feminismo e o infantilismo na tuberculose”, de 1871, escrita por Ferdinand-Valère Faneau de la Cour. Nela, o médico aduzia que vários homens acometidos por tuberculose tinham traços “infantis e feministas”, como o cabelo fino, cílios longos, pele macia e branca, barba rala, entre outros. Assim, os primeiros feministas foram homens, que perderam parte das características atreladas à virilidade:

Um ano depois da publicação da tese de Ferdinand-Valère Fanneau de La Cour, Alexandre Dumas Filho retoma, em um dos seus panfletos, a noção médica de feminismo para qualificar aos homens solidários da causa das “sufragistas”, movimento de mulheres que lutavam pelo direito ao voto e à igualdade política. Assim, pois, os primeiros feministas foram homens: homens que o discurso médico considerou anormais por haver perdido seus “atributos viris”: mas, também, homens acusados de feminizar-se em razão de sua proximidade com o movimento político das sufragistas. Haverá que esperar alguns anos para que as sufragistas se reapropriem desta denominação patológica e a transformem num lugar de identificação e ação política. (PRECIADO, 2014, n.p.).

Em meados século XIX, com o advento do movimento sufragista, o termo “feminismo” ganha uma conotação positiva, relacionando-se à defesa dos direitos e à organização social do poder feminino. De acordo com Perona (1995, p. 130) para as sufragistas “a causa da desigualdade estava no que atualmente denominamos estrutura de dominação patriarcal”.

Patriarcado não significa o poder do pai, está atrelado ao poder masculino, centrado na figura do homem. Scott (1995) vaticina que o patriarcado é uma forma de organização social cuja as relações são regidas por dois princípios basilares: as mulheres são hierarquicamente subordinadas aos homens, e os jovens são subordinados hierarquicamente aos homens mais velhos, patriarcas da comunidade.

A subordinação da mulher é fenômeno milenar e universal, de acordo com Alice Costa e Cecília Sandenberg (2008, p. 23) constitui-se na primeira forma de opressão da história da humanidade, mas a consciência crítica feminista acerca dessa opressão e a luta pela libertação das mulheres são fenômenos relativamente recentes, conforme abaixo asseverado:

O feminismo, como doutrina que preconiza a igualdade entre os sexos e a redefinição do papel da mulher na sociedade, é certamente a expressão máxima de consciência crítica feminina. Uma consciência que será forjada, inicialmente, na Europa setecentista, particularmente na França e na Inglaterra, em meio às grandes transformações que então se operam, como consequência do estabelecimento de um novo sistema econômico: o capitalismo. Por um lado, suas raízes se atrelam aos ideais liberais de igualdade, trazidas pela revolução democrática burguesa, que teve seu auge na Revolução Francesa de 1789. Principalmente porque se trata de um conceito limitado de igualdade, ou seja, uma “*égalité, liberté, fraternité*” que, apesar de clamada para todos, na prática vai-se instaurar só entre as classes dominantes e, como bem estabelece a “Declaração dos Direitos do Homem”, já no título, só entre os homens. Para as mulheres, permanece a “*Ménagier de Paris*” (1498). Para as filhas e esposas dessa burguesia ascendente, igualdade e fraternidade só entre si. Liberdade, só entre os muros do espaço doméstico e, mesmo assim, vigiada. Direitos? Os de boa filha, boa esposa, boa mãe. Não é ao azar que a autoconsciência e a rebeldia das mulheres surgem, inicialmente, entre mulheres de classes médias e nos países mais avançados. (COSTA, SANDENBERG, 2008, p. 24).

De acordo com as autoras acima referenciadas (2008, p. 24), o feminismo surge a partir de ideais liberais de igualdade, oriundos da Revolução Francesa de 1798, sendo influenciado pelo surgimento do sistema econômico capitalista. O capitalismo, que se apropria do excedente do trabalho, busca o lucro cada vez maior, redefinindo relações sociais e de produção. O advento deste sistema desmembrou a unidade produtiva familiar e direcionou o trabalho ao intramuros das fábricas. O homem, socialmente reconhecido como chefe do lar, é levado a vender sua força de trabalho no mercado. A mulher, no entanto, não é ferozmente repelida deste mercado, pelo contrário, a mão de obra feminina passa a ser requisitada. A razão, no entanto, está ligada à condição de submissão da mesma em âmbito familiar, que fez crer ao grande empresariado que a extração de mais-valia seria ainda maior.

A condição de inferioridade à qual a mulher já vinha submetida, será importante objeto de interesse da burguesia, ávida em acumular riqueza. Sua passividade e submissão dentro do mundo doméstico, desenvolvida durante uma longa história de subordinação, serão utilizadas para impor-lhe o pagamento de salários inferiores aos do homem e jornadas do trabalho excessivas e insalubres, favorecendo assim a extração de uma mais-valia absoluta ainda maior. (Alice Costa e Cecília Sandenberg, 2008, p. 24)

A opressão e exploração a que eram submetidas acabaram levando as mulheres a lutar pela supressão da diferença abissal de tratamento que tinham em relação aos homens. Como já salientado linhas acima, o movimento feminista toma corpo no século XIX, na maioria dos países Europeus e nos Estados Unidos. Assim, a igualdade na seara trabalhista tem sido uma das bandeiras levantadas pelo movimento feminista, que vem buscando estabelecer direitos em diversas searas da sociedade.

No tópico acima, viu-se que as mulheres foram excluídas do conceito de igualdade das teorias que nortearam os séculos XVII e XVIII, assim, é preciso compreender que igualdade se busca, para então prosseguir à compreensão da evolução histórica do papel da mulher no mercado de trabalho.

### 2.2.1 A igualdade na diferença

Conceituar o significado da palavra “igualdade” é uma tarefa hercúlea pois o termo está imerso em uma teia cultural e histórica que

dificulta a sua compreensão. Na Antiguidade Clássica o conceito de igualdade se perfazia apenas a partir do conceito de “próximo”. Ao próximo era concedido igual tratamento e aos demais um tratamento inferiorizado. Observa-se, oportunamente, que a noção de próximo não está atrelada à proximidade física, mas à atributos tais quais sexo, raça e posição social, por exemplo. Na maioria das vezes estes atributos se conjugavam para a exclusão dos demais membros da sociedade.

De acordo com Barzotto (2010, p. 59):

Nas sociedades hierárquicas, pré-modernas é implausível falar-se de deveres recíprocos de um ser humano em relação ao outro. Isso se deve ao fato de que as sociedades pré-modernas têm no conceito de honra o critério pelo qual assinalam a seus membros os direitos e deveres em uma determinada posição no interior de uma estrutura social escalonada: “a honra (...) está intrinsecamente ligada a desigualdade. Para que alguns tenham honra nesse sentido, é essencial que nem todos a tenham”. Cada um tem o seu próprio código de honra, gerado a partir das necessidades e aspirações particulares, que determinam os deveres no interior do grupo.

As sociedades hierárquicas pensavam os seres humanos como naturalmente desiguais, a Exemplo, Aristóteles. Para ele, há três pares hierárquicos naturais: grego/bárbaro, homem/mulher, livre/escravo: [...] a relação entre homem e mulher consiste no fato de que , por natureza, um é superior e a outra, inferior, um, governante, outra, governada. (BARZOTTO, 2010, p. 60).

Jesus de Nazaré introduz a noção universalizada do próximo. De acordo com Barzotto (2010, p. 62) este deixa de ser o vizinho e passa a ser todo o ser humano. Com a ética cristã, rompe-se com a ideia de próximo como sendo aquele que se liga por determinados caracteres com os outros, e passa a ser o ser humano em si, digno de igualdade, o que se extrai da Bíblia (Lucas, 6.31) “como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles”.

A igualdade, no entanto, pode se apresentar sob duas formas. A primeira delas Perona (1995, p. 132) conceitua como “Igualdade a”, que significa que aqueles que não são iguais querem ascender para chegar ao patamar no qual se encontram os iguais. Faz referência a um processo de assimilação de um modelo previamente estabelecido, sem que para tanto se conteste o que há de excludente no mesmo. Quando se está analisando



a questão de gênero, por meio desta forma de alcançar a igualdade, há a incorporação do modelo androcêntrico por parte das mulheres.

Há também a igualdade compreendida como equivalência que para Perona (1995, p. 135) traduz-se na ideia de que ter igual valor é não ser considerado nem superior e nem inferior a outrem.

Ademais, as lutas feministas são bifurcadas quanto à igualdade que se pretende alcançar, nesse sentido faz-se relevante mencionar o defendido por Perona (1995, p. 145) a respeito do feminismo da igualdade, *in verbis*:

Desde el “feminismo de la igualdad, la maniobra patriarcal se puede desmontar, o bien renunciando a los valores “femininos” hetero-designados e intentando sumarse a los valores dominantes haciendo que éstos amplíen mecánicamente su campo referencial, o bien reivindicando un concepto de *igualdad* que recoja cualquier valor concebible como propio de cualquier individuo de la especie al margen del sexo.

[...] la *igualdad* reciproca [...] permite que la *igualdad* reivindicada sea “una igualdad entre”, esto es, ahuyentar el peligro de asimilación mecánica al modelo dominante, pues se trata de ir contruyendo un modelo alternativo no sesgado desde al sistema de dominación género-sexo.

Assim, para que se alcance a igualdade não é imperioso que haja identidade entre os gêneros, mas que se perfaça a equivalência entre eles. As diferenças não devem ser encaradas como uma questão a ser solucionada para a igualdade, visto que elas estão presentes entre todos os seres humanos, sob vários aspectos e não são (ou não deveriam ser) aptas a ensejar a desigualdade.

Assim, as diferenças entre homens e mulheres não podem ser substrato para que se perfaçam tratamentos que visem colocar a mulher em uma condição de submissão, como vem ocorrendo na seara trabalhista, na qual ainda há diferenças salarias alarmantes.

### **3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**

Na antiguidade clássica, Aristóteles afirmou que “a fêmea é fêmea em virtude de certas faltas de qualidade”; Platão dizia que “os homens covardes que foram injustos durante sua vida, serão provavelmente transformados em mulheres quando reencarnarem”. Na Idade Média,

Tomaz de Aquino sistematizou o pensamento sobre o papel feminino na sociedade da época como “um ser acidental e falho, e que seu destino é o de viver sob a tutela de um homem, por natureza é inferior em força e dignidade”. Na Idade Moderna, Schopenhauer (1788-1860) caracterizava essas “pobres criaturas”, como de “cabelos longos e inteligência curta”; Kant (1724-1804) as considera como "pouco dotada intelectualmente, caprichosa indiscreta e moralmente fraca", já Nietzsche (1844-1900) afirmou que “o homem deve ser educado para a guerra a mulher para a recreação do guerreiro”, desde os tempos mas remotos é possível identificar o caráter machista vigente na sociedade, entretanto, as mulheres não ficaram apáticas diante de tal situação (MENDES, 2005, n.p.).

Durante muito tempo não houve interesse estatal em diminuir as desigualdades entre homens e mulheres, de acordo com Maria Feitosa e Andrezza Nogueira (2013, p. 207):

Somente a partir da segunda metade do século passado, as mulheres foram incluídas nas estratégias de atuação dos Estados e dos organismos internacionais condutoras do desenvolvimento. No entanto, essa inserção se deu de maneira discriminatória, pois o trabalho feminino (reprodutivo e produtivo) foi desvalorizado, gerando desigualdades sociais decorrentes da predominância dos papéis de gênero no modo de vida das pessoas; desse modo, foram necessárias décadas de luta dos movimentos feministas e de mulheres para que mudassem os enfoques dados à integração das questões da mulher no processo de desenvolvimento, no sentido do alcance da igualdade de gênero. Surgiu o conceito de transversalidade de gênero que rompia radicalmente com as políticas universalistas, pautadas na representação principal da figura masculina, para contemplar o ambiente democrático, propício à participação com igual oportunidade para mulheres e homens.

As posições sociais que vêm sendo ocupadas pelas mulheres no ambiente laboral são um reflexo da hierarquia no âmbito doméstico, as desigualdades que ali se perfazem são transportadas ao ambiente de trabalho, onde as condições das mulheres pouco ou nada se alteram no espaço em que ocupam. Este fenômeno também pode ser observado com algumas minorias.

De acordo com Lara Borges (2015, p. 114):

As mulheres ainda compõem a maioria dos trabalhadores mais pobres do mundo, dando ao fenômeno o nome de

“feminização da pobreza”. Segundo pesquisa divulgada em 2004 pela OIT, as mulheres representam 70% dos 550 milhões de trabalhadores mais pobres do mundo (aqueles que vivem com renda igual ou inferior a um dólar por dia). Ao passo que as mulheres representam 1,1 bilhão de um total de 2,8 bilhões de trabalhadores do mundo, o que demonstra o descompasso entre a inserção no mercado de trabalho e a saída da condição de pobreza para as mulheres.

De acordo com dados da ONU, as mulheres correspondem a 70% dos pobres do mundo e 2/3 dos analfabetos. A diferença no tocante à educação e ao trabalho é latente entre homens e mulheres. (Lara Borges, 2015, p. 120)

No mercado de trabalho, a identidade feminina socialmente imposta é a da mulher que tem um trabalho médio, sem grande poder de decisão e sem grande prestígio social, de maneira que possa dedicar-se aos serviços domésticos e à educação dos filhos. Surgem, então, consequências como salários mais baixos para mulheres ocupantes dos mesmos cargos que os homens, além de desprezo da capacidade feminina para ocupar posições de prestígio nos postos de trabalho (VARÃO; PASCUAL, 2007).

Segundo Alejandra Pascual (2013, p. 01):

Espaços como o campo jurídico é o mais difícil de ser conquistado pelas mulheres, exatamente por causa da herança patriarcalista e da ideologia da dominação masculina que ainda está presente na sociedade. No Poder Legislativo, a presença das mulheres é menor que no Poder Executivo, não ultrapassando os 11% dos cargos de senadores e deputados federais, distritais e estaduais.

Manuel Castells (1999, p. 200) aduz que as categorias profissionais liberais/técnicas e administrativas/gerenciais evoluíram mais rapidamente do que outras, ainda que o maior entre os grupos de mulheres inseridas no mercado de trabalho ainda seja o de funcionárias de escritório. Ainda assim, segundo o mesmo autor, as mulheres não são relegadas a realizar serviços que exijam menor especialização: são empregadas em todos os níveis de estrutura e o crescimento do número de cargos ocupados por mulheres é maior na camada superior da estrutura organizacional. É assim que a discriminação se mostra de modo mais claro: as mulheres ocupam cargos que exigem a mesma qualificação, no entanto, recebem salários menores, com menos segurança no emprego e menores chances de chegar às posições mais elevadas.

As políticas baseadas no *laissez-faire* conduziram à alta produção e eficiência, contudo, apropriando-se da mais-valia do trabalhador e da trabalhadora e colocando-o(a) em uma condição de pobreza que gerou um entrave à igualdade material. Nesta ávida busca por lucro, os empregadores viram nas mulheres e crianças uma fonte de mão-de-obra de baixo custo. Assim, a partir dos anos 70, o labor feminino foi densamente absorvido, mas ainda predomina em atividades precárias e vulneráveis, e essa situação está acompanhada de poucas mudanças em âmbito doméstico.

De acordo com Lara Borges (2015, p. 115) no Brasil, a inserção da mulher no mercado de trabalho acompanhou os processos de industrialização e urbanização, ocupando posições não qualificadas e trabalhos precários com baixa remuneração e pouca proteção social.

A partir da década de setenta do século passado, as políticas de equidade de gênero começaram a tomar maior força e relevância, especialmente devido ao início de uma nova efervescência do movimento feminista e à aprovação de Convenções internacionais que começaram com a primeira Década da Mulher (1975-1985). Durante essa década e a seguinte, começou o período de políticas pela igualdade de gênero, baseadas em políticas de ação positiva e em programas diferenciados para mulheres (GUZMÁN GALLANGOS, 2007, p. 136). De acordo com Maria Feitosa e Andrezza Nogueira (2013, p. 212):

Foi com o fortalecimento do movimento feminista nos anos 70 e 80, por meio do empoderamento das mulheres para eliminação das desigualdades sociais e de gênero, que a luta pelo avanço das legislações em favor dos direitos das mulheres e a superação de sua condição de subordinação jurídica adquiriu novo fôlego no âmbito internacional. De acordo com Scott (1995) e Silva (1999), há uma evolução no entendimento das instituições e da sociedade mediante a introdução do conceito de gênero como categoria social composta de normas e comportamentos impostos, que definem os papéis desempenhados por homens e mulheres, configurando as relações de poder entre os sexos.

Todavia, os avanços das mulheres no mercado de trabalho não são acompanhados de um patamar remuneratório em equidade com os homens. De acordo com Lara Borges (2015, p. 120) segundo a OIT, entre as pessoas envolvidas com atividades não remuneradas a maioria é de mulheres, o que dificulta sua inserção no mercado de trabalho em atividades remuneradas,

atuando ainda como obstáculo para a melhoria das metas de redução da pobreza e para a promoção da igualdade de gênero.

Somado a esse quadro de discriminação, observa-se que as mulheres recebem maiores responsabilidades em âmbito familiar, em decorrência da construção cultural acerca dos papéis a serem desenvolvidos neste ambiente. Ocorre que, os encargos ficam em grande parte para a mulher, que muitas vezes enfrenta dificuldades para conciliar o trabalho dentro e fora do lar.

O sistema patriarcal, que dominou o pensamento e a cultura da sociedade ocidental durante vários anos, deixou marcas tão profundas que os movimentos e as conquistas feministas ainda não conseguiram apagar. Pierre Bourdieu afirma que em instituições como a família, a igreja e a escola, combinadas com outras como: o esporte e o jornalismo, ainda há fatores que continuam a reproduzir a dominação masculina. (PASCUAL, 2013, p.3). De acordo com o autor (2002, p. 17):

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, como o salão, e a parte feminina, como o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo da vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos.

Estas construções fomentam a reprodução da divisão dos gêneros, por meio do que Bourdieu (2002) conceitua como “violência simbólica” que se configura em uma prática que passa quase despercebida pelas vítimas, ao reproduzirem os modelos de submissão do feminino e de dominação do masculino.

A dominação torna-se efetiva quando toda a sociedade reproduz os padrões impostos pelos dominadores e é legitimada pela aceitação ou pela cumplicidade das diferentes frações e dos segmentos que compõem a sociedade, inclusive a das próprias mulheres. O termo cumplicidade,

utilizado pelo autor, explica exatamente a facilidade que a sociedade tem de incorporar a dominação masculina. (PASCUAL, 2013, p. 4).

A postos para perpetuar a relação de opressão, os homens introjetaram as normas sociais que lhes colocam em uma posição hierarquicamente superior e continuam a reproduzir a dominação sobre as mulheres. Estas, ao longo de muitos anos, profundamente influenciadas pela cultura social tradicional, acabaram aceitando e se sujeitando à submissão. Contudo, no século XIX, com a emergência da figura da mulher operária, que abandonava o espaço doméstico e passava a aderir às greves e às reivindicações quanto à desigualdade salarial, a figura dócil atrelada a feminilidade foi quebrada. Essa ruptura ofereceu à mulher maior espaço no mercado de trabalho remunerado.

Este espaço, conquistado por meio de muitas lutas, ainda está longe de ser o desejado, pois a divisão sexual do trabalho ainda eleva os homens aos cargos de chefia e as mulheres a cargos com menor importância ou, quando ocupam cargos de chefia, acabam o exercendo com uma menor contraprestação pecuniária.

A arraigada cultura patriarcal, além de colocar as mulheres em uma condição de submissão, ainda as impregna de falsos padrões de docilidade e afetuosidade, o que acaba as vitimizando com mais facilidade no ambiente laboral, pois o seu papel está atrelado a sujeição.

E por isso que, não por acaso, o assédio moral atinge em sua maioria as mulheres, justamente pelo fato do opressor vê-las como frágeis.

### **3.1 A sociedade paternalista e o assédio no ambiente de trabalho**

O termo “divisão sexual do trabalho” aplica-se na França a duas acepções de conteúdos distintos. Trata-se, de um lado, de uma acepção sociográfica: estuda-se a distribuição diferencial de homens e mulheres no mercado de trabalho, nos ofícios e nas profissões, e as variações no tempo e no espaço dessa distribuição; e se analisa como ela se associa à divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos. (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 596).

Assumindo esta lógica da divisão sexual do trabalho, as mulheres, em regra, realizam trabalhos em tempo parcial, ganham menores remunerações e são mais flexíveis, isto para que elas possam se dedicar aos afazeres domésticos e cuidar dos filhos.

A igualdade, assim, ainda é utópica. Os valores éticos, com o capitalismo e sua posterior globalização, foram subvertidos em prol de uma busca lancinante por lucro desmedido. Faltas morais graves são consideradas normas de gestão da empresa e de seus funcionários.

De acordo com Christophe Dejours (1998, p. 83):

Fazer o “trabalho sujo” na empresa está associado, para os que exercem cargos de direção – os líderes do trabalho do mal – à virilidade. Quem recusa ou não consegue cometer o mal é tachado de “veado”, “fresco”, sujeito “que não tem nada entre as pernas. E não ser reconhecido como um homem viril significa, evidentemente, ser “frouxo”, isto é, incapaz e sem coragem, logo, sem a “virtude” por excelência.

O autor segue afirmando (DEJOURS, 1998, p. 100):

Obviamente, o líder do trabalho do mal é antes de tudo perverso, quando usa do recurso à virilidade para fazer o mal passar por bem. É perverso porque usa o que em psicanálise tem o nome de ameaça de castração como instrumento de banalização do mal. Aqui, como se vê, a dimensão psicoafetiva é central, e a abordagem clínica, esclarecedora. É por mediação da ameaça de castração simbólica que se consegue inverter o ideal de justiça.

Ao manipular este sentido de virilidade observa-se a presença de um forte conteúdo de gênero, pois a virilidade está culturalmente atrelada à masculinidade. Este padrão de imposição de virilidade exclui as mulheres destes cargos que solicitam uma postura agressiva e impiedosa.

Ainda de acordo com Dejours (1998, p. 105/106) a virilidade impugna um desprezo pelo fraco e, não raro, também o ódio pelo mesmo, o que desfaz um frágil equilíbrio. Lara Borges (2015, p. 160) afirma que o assédio moral é conduta gravosa de conteúdo moral com viés de perseguição impertinente e constrangedora que degrada o ambiente de trabalho gerando efeitos negativos às vítimas e refletindo nas metas e resultados. As práticas de assédio moral desrespeitam e humilham a vítima, atingindo sua personalidade, com forte correlação com as relações de poder inerentes à organização de trabalho.

Maria Luiza Pinheiro Coutinho (2014, p. 59) no mesmo sentido:

Como no assédio sexual, a mulher também se apresenta como a maior vítima do assédio moral laboral, que se constitui em situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes, em razão das relações de gênero presentes no mundo do

trabalho. Estas vão atuar como mecanismos de controle e sujeição da trabalhadora, e trazem, como efeito, o medo e a insegurança, devido à submissão às ordens e instruções de superiores hierárquicos, na sua maioria homens. Observa-se, ainda, que todos aqueles trabalhadores vítimas da discriminação (mulheres, negros, homossexuais, pessoas portadoras de deficiência e de HIV/Aids) são também vítimas preferenciais do assédio moral, percebido no tratamento desigual, em que é constante a desvalorização de suas pessoas e atividades profissionais, o que gera desigualdades nas condições de trabalho.

O assédio moral laboral não atinge apenas às mulheres, mas também os empregados condicionados a cumprir metas inalcançáveis ou, rigorosas normas de disciplina, controle e fiscalização, podendo ser confundida com o abuso de poder do empregador, conforme assevera Maria Coitinho (2014, p. 60):

Embora estudado como violência moral, o assédio moral laboral é incluído neste estudo como uma modalidade de discriminação em face do gênero, não apenas porque este se manifesta através de relações de gênero, como também aparece fortemente articulado com outras formas de discriminação. Note-se ainda que a violência moral é percebida como instrumento por meio do qual se pratica a discriminação. Muitas vezes, fica difícil distinguir uma conduta de assédio moral de uma conduta discriminatória, já que a primeira, além de provocar desigualdades de oportunidades e tratamento entre trabalhadores, apresenta-se, quase sempre, como um modo manifestação da discriminação.

As próprias empresas têm dificuldade em suportar funcionários diferentes ou atípicos. As atitudes de assédio visam antes de tudo, “queimar” ou se livrar de indivíduos que não estão em sintonia com o sistema. Na hora da globalização, procura-se fabricar o idêntico, clones, robôs interculturais e intercambiais. Para que o grupo seja homogêneo, esmaga-se aquele que não está no ponto, aniquila-se qualquer especificidade, seja de caráter, comportamento, sexo, raça... Formatar os indivíduos é uma maneira de controlá-los. (HIRIGOYEN apud BORGES, 2015, p. 161).

As pesquisas desenvolvidas por Margarida Barreto (2006, p.29) apontam para um dado preocupante “Do universo inicial de 2.072 trabalhadores com que conversei, 42% (870) relataram vivências com



situação de humilhação. Consistiam em 494 mulheres e 376 homens e pertenciam a 97 empresas”, deste total, 56,78% eram mulheres.

Apesar disso, há doutrinadores que sustentam que não existe uma relação necessária entre assédio moral e discriminação de gênero, neste sentido Adriane Reis de Araújo (2012, p. 59):

Ao contrário do que defendem alguns estudiosos, os dados acima, em sua maioria, corroboram a assertiva de que o assédio moral não traduz uma modalidade de discriminação de gênero. Há pessoas de ambos os sexos tanto nos polos ativos quanto passivos. A predominância de mulheres entre as vítimas em algumas situações decorre da cultura local e do fato de elas, majoritariamente, integrarem a força de trabalho mais precária e, por conseguinte, mais sujeita a humilhação. Além do mais, deve ser levada em conta a dificuldade masculina em se reconhecer na posição de vítima, pois o assediado é identificado como uma pessoa frágil dentro do grupo social.

*Data vênia* a posição da autora, no próprio texto a mesma afirma que, “culturalmente” as mulheres ocupam cargos mais baixos que os homens e, portanto, estariam mais sujeitas a humilhações.

A cultura paternalista está arraigada no seio da sociedade, de modo que a discriminação acaba, por muitas vezes, a passar por despercebida, sendo inclusive corroborada pelo próprio agredido. Porque despir-se do que lhe foi e é tradicionalmente imposto é uma tarefa árdua, na qual o indivíduo precisa transpor barreiras que nem sabe ao certo quais, para enfim enxergar para fora do culturalmente correto.

Assim, o assédio moral organizacional conta com a discriminação de gênero, na medida em que impõe às mulheres, a rapidez na realização das atividades laborais em conjunto com a docilidade, além de as colocarem numa posição de subalternas, com baixos salários e condições de vida, contribuindo para a manutenção do *status quo* paternalista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente as mulheres não foram reconhecidas com inteireza pela ordem jurídica, em condição de igualdade com o homem. O direito acabou sendo fonte de reprodução de culturas excludentes. A narrativa das lutas e vitórias na conquista de direitos é contada a partir de uma visão masculina, a exemplo do direito ao voto dito “universal” que foi

concedido a todos os homens, deixando as mulheres relegadas a condição de “outro”, não merecedoras de pertencer a esta história.

O “outro” não faz *jus* aos mesmos direitos porque não é igual, possui caracteres que o diminuem face a figura do “eu”, na qual se encontravam os varões livres. Estas construções identitárias entre o “eu” e o “outro” estão presentes não só na ordem jurídica posta, mas também no mundo do trabalho.

No ambiente laborativo, face ao conflito de formação de identidade dos trabalhadores, surgem métodos de acomodação da subjetividade desses sujeitos, sendo um deles o assédio moral organizacional.

A questão, no entanto, vai mais além da simples acomodação da subjetividade do ser que trabalha, adentrando na discriminação de gênero que se perfaz inclusive ao se pleitear uma padronização comportamental em face do arraigado paternalismo tradicional.

Enquanto essas barreiras não forem rompidas, não será possível o exercício pleno da democracia, eis que violado o direito fundamental ao trabalho digno. O assédio moral organizacional retira a liberdade de ser o “outro”, alijado dos padrões impostos. Para as mulheres, este prognóstico é ainda mais complexo, pois são relegadas a cargos baixos, com pouca remuneração, mantendo-se, assim, à margem da sociedade.

A igualdade material ainda é uma realidade distante, que esbarra na visão de mundo da sociedade em geral.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni; AMARAL, André Luís Vizzaccaro; MOTA, Daniel Pestana (Org.). **Trabalho e saúde: A precarização do trabalho e a saúde do trabalhador no século XXI**. São Paulo: LTr, 2011.

ARAÚJO, Adriane Reis de. **O Assédio Moral Organizacional**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2731](http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2731)>. Acesso em: 05 out 2015.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: EDUC, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do direito. **Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2ª ed. Tradução de Maria Helena Kuner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CALVO, Adriana. **Estudo do assédio moral organizacional sob a ótica dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/media/file/arquivos/adriana\\_calvo\\_assedio\\_moral.pdf](http://www.calvo.pro.br/media/file/arquivos/adriana_calvo_assedio_moral.pdf)> . Acesso em: 10 out 2015.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. Volume 2: A era da informação: economia, sociedade e cultura. 7ª Ed. Tradução de Klaus Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COSTA, Ana Alice Alcantara; SARDENBERG, Cecília Maria B: organizadoras. **O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas**. Salvador: UFBA / Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher, 2008.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. Documento: Igualdade Racial, OIT-Brasil. Disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit\\_igualdade\\_racial\\_05\\_234.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf)> Acesso em 03 Mar 2017.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do Trabalho – Estudo de Psicopatologia do Trabalho**. Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2009.

\_\_\_\_\_. **A banalização da injustiça social**. 7ª ed. Tradução de Franck Soudant. Brasília: Paralelo 15, 2010. Expressão Sinjus N°182. Disponível em

<<http://assediomoralesaudenotrabalho.blogspot.com.br/2009/10/entrevista-lydia-guevara-ramirez.html>> Acesso em: 03 out 2015.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; NOGUEIRA, Andrezza Rodrigues. **Gênero e desenvolvimento: trajetórias da luta pela equidade de gênero nas relações econômicas do trabalho**. In LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 207-223.

GUIMARÃES, Tauana Cirne. **A compreensão jurídica das políticas de metas como instrumento para o assédio moral organizacional**. 2012. Disponível em < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1910/1448>>. Acesso em: 01 out 2015.

GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea (Org.). **Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar**. São Paulo: LTr, 2009.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

GUZMÁN GALLANGOS, Flérida. Institucionalización de la perspectiva de género: políticas y presupuesto en México. In: ZAREMBERG, Gisela (Coord.). **Políticas sociales y género**. Tomo I. La Institucionalización. México: FLACSO, 2007, p. 131-163.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Daniele. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Cadernos de Pesquisa, v.37, n.132, p. 595 – 609, set./dez. 2007.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral**. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

JIMÉNEZ PERONA, Angeles. **Igualdad**. In AMORÓS, Celia. *10 palabras clave sobre Mujer*. Navarra, Verbo Divina, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1948.

MENDES, Betânia Gusmão. **Mulher e Direito: relações de gênero nas carreiras jurídicas**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4691, 5 maio 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45524>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

NOGUEIRA, Andrezza Rodrigues; FEITOSA, Maria Luiza Mayer. **Gênero e desenvolvimento: trajetórias de luta pela equidade de gênero nas relações econômicas de trabalho**. In LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 207 – 224.

PASCUAL, Alejandra. **Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres.** In LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). *A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 01-14.

PRECIADO, Beatriz. **Liberar o feminismo das políticas identitárias,** 2014. Disponível em <http://uninomade.net/tenda/liberar-o-feminismo-das-politicas-identitarias/> Acesso em 10 Mar 2017.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, n° 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio Moral/ Organizacional: uma análise da organização do trabalho.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou Da Educação.** Trad. Roberto Leal Ferreira. Martins Fontes. 2ª Ed. São Paulo. Martins Fontes. 1999.

VARÃO, Camila; PASCUAL, Alejandra. **Mulheres nas Carreiras Jurídicas. Trabalho de iniciação científica na UnB.** Brasília: UnB, 2007.



# O DIREITO PENITENCIÁRIO COMO MATÉRIA DE GRADUAÇÃO: RESENHA DO LIVRO “FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO”, DE RICARDO MATA Y MARTÍN.

## ***THE PENITENTIARY LAW AS A GRADUATION SUBJECT: REVIEW OF THE BOOK “FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO”, BY RICARDO MATA Y MARTÍN***

Víctor Gabriel Rodríguez\*

Larissa Bechara Kallás\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. Para além da execução penal, o Direito Penitenciário como Disciplina na graduação. 1 A obra “Fundamentos del Sistema Penitenciario”. Considerações Finais: A universalidade da obra. Referências.

**RESUMO:** Analisa-se aqui o Direito penitenciário como matéria de graduação a partir da resenha do livro “Fundamentos del Sistema Penitenciario”, de Ricardo Mata y Martín. Para tanto, buscou-se refletir sobre o impacto da obra e dos debates por ela sugeridos nas universidades espanholas e brasileiras.

**Palavras-chave:** direito penitenciário; ensino jurídico; criminologia.

**ABSTRACT:** *Penitentiary Law is analyzed as a subject of graduation, taking look to “Foundations of the Penitentiary System”, by Ricardo Mata and Martín. In order to do so, we sought to reflect on the impact of this book in spanish and brazilian law schools since the debates suggested by the author.*

**Keywords:** *penitentiary law; legal education; criminology*

### **INTRODUÇÃO. PARA ALÉM DA EXECUÇÃO PENAL, O DIREITO PENITENCIÁRIO COMO DISCIPLINA NA GRADUAÇÃO**

A disciplina obrigatória ministrada na graduação das universidades espanholas, o *Derecho Penitenciario*, revela a consciência de que a dogmática do Direito Penal tem uma consequência direta: a pena em sua concretude; no Brasil, o drama penitenciário que vivemos hoje também dá mostras, em sentido reverso, o quanto os penalistas em geral descuidamos do sistema carcerário. Tudo por um imotivado desprezo científico a uma matéria que merece ser recuperada em nosso currículo mais básico.

**Como citar:** RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel; KALLÁS, Larissa Bechara. O Direito penitenciário como matéria de graduação: resenha do livro ‘fundamentos del sistema penitenciario’, de Ricardo Mata y Martín. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 471-480, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

Tivemos<sup>1</sup> a oportunidade de, no transcorrer de alguns anos, acompanhar o esforço de consolidação da referida disciplina na Universidad de Valladolid, na Espanha, o que nos permite tecer sobre o tema algumas considerações descritivas, para introdução aqui. Primeira delas, que a criação de uma disciplina como essa tem o elogiável olhar de hiper-realismo; em outras palavras, a consciência, para o sistema de ensino, de que toda a dogmática penal – com suas estruturas filosóficas, lógicas e até mesmo históricas – tem voltados os olhos a um contexto condenatório, que por sua vez cria suas próprias consequências. E que tais consequências são concretas, na efetivação não só da fixação da pena justa, mas das condições reais de seu cumprimento.

Então se pode dizer que o Direito Penitenciário, observado como disciplina que busca autonomia científica, apresenta fatores, de um lado, de desagregação e, de outro, de convergência a um suposto núcleo científico. Os primeiros, mais palpáveis, pois seu cariz multidisciplinar é evidente. As áreas de conhecimento que transitam em torno de algo que se pode chamar “Direito Penitenciário” são multifacetadas, todas elas com sua relevância e método. Os Direitos Fundamentais, o Constitucional, todas as questões relativas ao Direito Penal e, finalmente, o Direito Processual. Deste, aliás, há que se tecer comentário adaptado à realidade brasileira: nosso Direito de Execução Penal, em parte por ser tradicionalmente tratado por processualistas, é apenas fragmento desse espectro tão mais amplo. Afinal, as regras e garantias processuais, a partir dos direitos mais elementares do preso, são somente um, ainda que relevante, modo de liquidação da sentença do juiz penal, e não uma visão sistemática sobre o que seja o encarceramento.

Por conta desse amplo espectro de matérias, o enfeixamento de um Direito Penitenciário pressupõe um trabalho metodológico intenso, porém facilitado pelos tais fatores naturais, agora sim, de convergência ao núcleo científico. É esse o ponto principal que conhecer a experiência pedagógica do Direito Penitenciário nos revela: o problema da manutenção

---

\* Professor Associado de Direito Penal da FDRP/USP. Livre-Docente em Direito Penal pela USP. Visiting Professor na Universidad de Valladolid1.

\*\* Acadêmica de Direito da FDRP/USP. Aluna em Intercambio na Univ. de Lyon.

<sup>1</sup> O texto é enunciado sob o ponto de vista do autor Víctor Gabriel, quem acompanhou o curso de Direito Penitenciário referido, durante algumas instancias na Univ. de Valladolid. A acadêmica Larissa Bechara Kallás, da FDRP/USP, contribuiu com o debate sobre o livro, agregando seu ponto de vista e leitura crítica. Importante método de trabalho, para revelar o ponto de vista do aluno, em contato apenas com o texto.



da privação de liberdade e, daí, o forçoso reconhecimento de que a pena, por mais que vise à reeducação e à reinserção, na prática importa em expiação e suplício é um elemento de realidade que o aluno de graduação deve conhecer e aceitar desde logo. Do contrário, transforma seu estudo de Direitos Humanos e garantias penais em abstração pura, não aplicada à consequência mais sonante de todo o Direito Penal: a privação da liberdade. Ou melhor, a privação do direito à liberdade conforme escrito na lei, e de tantos outros direitos, na prática do dia a dia, quando não da própria dignidade.

A convergência de conhecimentos para observar a situação do presídio, suas condições de saúde, seus processos pedagógicos e de sociabilidade, o trabalho de Howard e Bentham necessita sucessores, já que o encantamento das teorias penais facilita muito que o profissional do Direito relegue o estudo dos cárceres para uma das tantas questões da Administração Pública. E esta, como sabemos, distante da vigília do Direito, tem todos os argumentos políticos para abandonar a último plano o cuidado com aqueles que infringiram a lei penal, já que – na Iberoamérica de modo mais intenso – essa mesma administração não dispõe de recursos sequer para dar conta do cuidado àqueles a quem o discurso político mais demagogo denomina ‘cidadãos de bem’.

Por trás desse trabalho de implementação do Direito Penitenciário na Espanha está o professor Ricardo Mata y Martín, que agora consolida parte do conhecimento e esforço adquirido nessa temática na obra **“Fundamentos del Sistema Penitenciário”**, lançado pela editora madrilena **Tecnos** (2016, 298 páginas), sobre a qual aqui tecemos alguns comentários, adiante.

## **1 A OBRA “FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENITENCIARIO”**

O autor nos traz, já de início, a assertiva de que ali, em sua obra, se encontrará uma crítica ao sistema penitenciário. Entenda-se que não é uma obviedade, senão uma prudente advertência. Afinal, se, de um lado, não deve haver intelectual que aceite o sistema penitenciário tal como está, de outro há que se concordar com o autor em que a crítica ao sistema somente é lícita àqueles que o conhecem. Portanto, conhecer o sistema é objetivo da obra. E assim começa a intrigante, por dizer algo, aventura do cientista que constrói o texto expositivo: permitir ao leitor o conhecimento sistemático, sem descuidar das referências, da documentação e da reflexão

que, em respeito ao mesmo leitor, incorporam caráter científico ao conjunto escrito<sup>2</sup>.

O traçar histórico de o que seria ciência penitenciária traz a acuidade do autor com a perspectiva de processo histórico, já revelada em suas outras tantas publicações<sup>3</sup>. Reconhecendo trabalhos daqueles que lançaram as bases dos primeiros estudos, a exemplo dos já referidos Bentham e Howard, o livro nos faz a relevante afirmação de que fora mesmo na América do Norte que surge um primeiro corpo de leis que se ocupam do sistema prisional. Em grande parte, a partir da necessidade de acabar com a crueldade do sistema britânico, destacam-se trabalhos como o da *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of public prisons*, de 1787, cujo nome já se explica em muito: o protagonismo da Pensilvânia para a humanização do sistema prisional. E nos mostra o autor que, com as limitações daquele tempo, a partir dos EUA globaliza-se a preocupação com o sistema carcerário: com um estudo de fontes originais, demonstra o autor como tal movimento se alastra por Inglaterra, seguida por Bélgica, Dinamarca, assim como por Noruega e Holanda, e, mais tarde, pela Rússia<sup>4</sup>, a partir mesmo do início do séc. XIX.

---

<sup>2</sup> Temos colocado insistentemente que a documentação e as notas de rodapé no texto não são uma mostra de erudição, mas um trilhar do caminho do pesquisador. Cf. “O Ensaio Como Tese”, SP: Martins Fontes, 2014.

<sup>3</sup> Veja-se, por exemplo, “Delitos y Penas en el Nuevo Mundo”, Revista de Estudios Colombianos. Junio de 2010, n.6, pp. 65-81, em que o autor faz um rigoroso histórico da codificação e aplicação do Direito Penal na América espanhola colonizada.

<sup>4</sup> “Los regímenes penitenciarios organizados en EEUU hacia principios del siglo XIX por su novedad y por la necesidad de establecer auténticos sistemas penitenciarios generaron una gran ola de expectación en el viejo continente. Los viajes de estudio serán muy numerosos y los informes favorables al sistema de Filadelfia y superiores al de Auburn. En Europa crecerá una tendencia a la implantación de qué que se sostendrá hasta concluido el primer tercio del siglo XX. Inglaterra fue el primer país en incorporar el nuevo sistema, ya en 1835, y construyó la prisión de Pentoville a semejanza de Norteamérica, de forma casi imediata Bélgica en 1838 y Suecia en 1840. Después fue Dinamarca la que adoptó el sistema de aislamiento en 1846, Noruega y Holanda en 1851, y Russia en los años posteriores. El modelo de aislamiento com régimen celular comportaba distintas características, como las construcciones penitenciarias radiales que se extendieron por toda Europa. El estudio de la celda y de las construcciones apropiadas para este tipo de régimes se convirtió en una de las preocupaciones constantes de la Ciencia penitenciaria durante el siglo XIX.” pp. 23-24, do livro resenhado.

Já não é nova – porém obrigatória – ao penalista o recorrido que se tem de fazer sobre as considerações penitenciárias a partir do Positivismo. Mas o autor, em busca do núcleo da sua ciência, escapa do triunvirato de Lombroso-Ferri-Garófalo, para logo trazer-nos as importantes revelações de Durkheim ao tema, sociólogo que se adianta para perguntar a eficácia do castigo, a partir de observações acerca da educação infantil. A partir dele, nomes que soam mais familiares ao penalista, como a nova defesa social, com Grammatica, aparecem descritos, para culminar na difícil tarefa de descrever a *new penology*, quase toda norte-americana, que incrementa o estudo da matéria com grande objetividade e sentido prático, aparte de seus visíveis exageros. Nesse ponto, o livro descortina o que lhe virá de criminologia mais atual e, também, mais controversa: o *law and order* ou a “tolerância zero” na Nova Iorque de Giuliani, que mostram o revés de toda a política de reinserção social, mas constituem uma das realidades mais pungentes do sistema prisional. Citando trabalhos relevantes e clássicos como Foucault, o capítulo é mais do que solvente para sua conclusão principal: a comprovação de que existe uma chamada “ciência penitenciária”, e, mais, que ela está em expansão. Enquanto o texto se desenvolve nesse duplo e difícil propósito de aliar didática à comprovação de um posicionamento, o autor convence de que o caminho futuro é – talvez pelo apurar da sensibilidade em relação ao tema – o da maior ampliação da ciência penitenciária. Outros conhecimentos serão a ela agregados, o que, cremos, é consequência indeclinável da sedimentação de conhecimento, quando existe objeto sólido de estudo.

O segundo capítulo da obra é mais familiar ao penalista. A teoria sobre as consequências jurídicas do delito é estudada no programa nuclear do Direito Penal. No entanto, reveste-se aqui de lugar especial, pois é a base lógica da reprimenda de privação da liberdade, ao menos em um estado de Direito. As bases de retribuição ou as tão diversas teorias de prevenção – ou até mesmo as que funcionalizam o Direito Penal à utilidade da pena, como em Roxin – não passam ao largo, como em uma análise fundamental da ligação entre delito e reprimenda. Superada essa primeira parte do capítulo, o texto se descola do Direito Penal no quanto possível, segundo o cuidado do autor em não repetir o que já está nos manuais. A análise que faz sobre o que aqui se chama dosimetria da pena tem um relevo introdutório que, a princípio, desvia-se da análise dos institutos de seu país para o cálculo de reprimenda: conhecer principiologicamente quais os métodos de cominar a pena em abstrato, quais os possíveis

métodos de cálculo e, depois, qual exato momento em que esse raciocínio adentra ao processo penal é a proposta inicial do autor. Isso concede um bem-colocado caráter universal ao tema, para apenas depois demonstrar-se o método que o ordenamento espanhol impõe a esse cálculo, com suas regras de liquidação da pena. Se nos permitem a opinião, na comparação se trata de uma das maiores referências de que a chamada execução penal é apenas fragmento do Direito Penitenciário como um todo.

As condições de pioneirismo da disciplina são o que justifica que o primeiro terço do livro se ocupe desse caráter materialmente introdutório. Fixar a disciplina, sua história, suas bases e seu método são tarefa primeira enfrentada pelo autor, consciente de que, dentro da Universidade, sua matéria está em processo de consolidação. Ao dar-se conta, então de que esse aspecto de novidade-introdução ocupa grande parte obra, o autor habilmente nos oferta um capítulo que tem a natureza de transição entre a fixação das bases da disciplina e a substância efetiva de seu estudo contemporâneo. É o capítulo terceiro, *Concepto y naturaleza del Derecho Penitenciario*, em que a preocupação terminológica dá o clímax ao contexto introdutório: o que é Direito Penitenciário, e suas diferenças para com a ciência penitenciária como um todo. De um lado, a ciência, de outro, a norma em si. A norma, claro, a partir de um corpo de execução penal, excluído o que dele não se refira às penas privativas de liberdade. Assim que se forma um “corpo normativo diferenciado”, com o objetivo de “regular a execução de penas”, a que se deve somar, na opinião de Ricardo Mata, também as medidas de segurança que impliquem privação da liberdade, ou, no mesmo sentido, as prisões cautelares. Todo o conjunto de regras que fazem parte, portanto, da vida com restrição de liberdade. E, como dirá mais adiante, após reiterar a autonomia do Direito Penal como ciência, as regras para que essas restrições consigam chegar aos fins que se lhe estão previstos.

O núcleo material da obra começa, em nossa visão, em seu capítulo quarto, que expõe as “grandes linhas” do avanço do Direito Penitenciário. Aqui sim, temos um alinhamento histórico que somente pode ocorrer porque já definido o objeto de estudo. Então, a origem da prisão como medida meramente cautelar – a prisão nos tempos romanos e no medievo – e o início dos chamados “centros ou casas de correção”, marcando a prisão como pena e, logo, a ilustração renascentista reabrindo a visão sobre o tema, com a análise mais aprofundada de obras ali já referidas, como “Dos delitos e das penas” ou os escritos de Howard são o método que o

autor encontra para concretizar a análise. A partir de então, aprofundar em o que é o sistema da Filadélfia abre caminho para abordar os marcos do século XIX. Dentre eles, o autor dará realce à obra e às realizações do espanhol Manuel Montesinos, especialmente por suas idéias que inauguram o sistema progressivo de pena. E os marcos seguem com um resumo de o que foram os congressos penitenciários mais marcantes no globo, desde os organizados pela Comissão Internacional Penitenciária, até os congressos da Onu. A *soft law* das regras penitenciárias europeias também são retomadas em um breve abanico histórico, até deter-se nas atuais, iniciadas em 2006.

Os dois capítulos que se seguem (V e VI) fazem uma exposição sistemática das regras penitenciárias, a partir principalmente da legislação nacional e comunitária. Apesar de o capítulo quinto, reservado às regras constitucionais do sistema penitenciário, iniciar-se buscando antecedentes alemães, a análise dos dispositivos pertinentes da constituição espanhola de 1978 aparece logo adiante. Mantendo o estilo próprio de toda a obra, não se trata de rever apenas dispositivos legais, senão de observar sua efetividade, comparando-o a diversificada doutrina, o que também se retoma ao expor-se, para finalizar esse capítulo, as regras do Conselho da Europa, a partir da criação do ainda efetivo Comité para prevenção da Tortura. Este, ao lado do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, são instâncias que se deveriam, aqui neste lado do Atlântico, imitar para tentar garantir os direitos fundamentais na prisão.

É no capítulo seguinte que o leitor recebe uma sistemática principiológica do Direito Penitenciário, mas já a partir da legislação posta. O princípio da legalidade, a obrigatoriedade de reinserção social e seus instrumentos são explanados em uma primeira fase, seguida da apresentação dos órgãos efetivamente responsáveis pelo controle externo da pena, em toda Europa, e de um estudo do relevante princípio da individualização da reprimenda, eixo legal desse controle.

O capítulo VII concede a importante idéia de realismo ao texto. Não seria possível pensar em um livro sobre o tema que não trouxesse as condições efetivas do sistema na atualidade. O autor nomina de *Condiciones de los sistemas penitenciarios europeos* a esse fragmento que elenca números estatísticos sobre a realidade do sistema do Velho Continente: taxa de ocupação de presídios, tempo de permanência de internos, tipologia delitiva e a taxa de supervisão - ou seja, o número de reeducandos por funcionários de vigilância. Dentre esses dados, mesmo

na Europa, o autor, que já organizou obra específica sobre o tema<sup>5</sup>, critica a falta de iniciativas de implementação de meios de controle eletrônico da prisão, de que voltará ainda a ocupar-se.

O mesmo capítulo segue com a pintura do quadro em sua amplitude, essencial ao aluno e ao pesquisador: os problemas fundamentais do sistema prisional. Os problemas sanitários em geral, lidando com as taxas de Aids, a dependência de drogas e a aquisição de transtornos mentais pelos internos são expostos com dados específicos, como também são específicos os números que demonstram, de outro lado, o grande contingente de estrangeiros no presídio. Uma preocupante fração de mais de 35% de estrangeiros, sobre a população total, presos nos cárceres da Espanha denota a grave questão social dos fluxos migratórios, e talvez a criminalização desse fluxo. De todos modos, um problema específico que incentiva o autor – preocupado com a realidade – a desenvolver um relato sobre os direitos do preso estrangeiro, em paralelo à discussão de problemas específicos de sua permanência na prisão. Sem relação de correspondência direta, mas sem dúvida com algum nexo causal, a situação do crime organizado dentro da prisão também é abordada pelo autor, assim como algumas tentativas genéricas de solução dos problemas, a exemplo das propostas de privatização do sistema e, de modo mais específico, uso dos meios tecnológicos de controle e vigilância, que agora voltam, no texto, em abordagem mais específica, a título de alternativa de desencarceramento, ainda não suficientemente explorada. Uma série de perguntas sobre o tema são então levantadas por Ricardo Mata, provocando o leitor à resposta, mas todas com um mote comum: sequer a política penal e carcerária tem certeza sobre objetivos e limites para o uso da tecnologia de controle pessoal, tecnologia esta que está disponível, com grandes possibilidades de manejo eficaz. Ao menos, potencial.

A obra do autor termina com o detalhamento das experiências mais atuais entre comunidade e sistema carcerário. É sem dúvida a tendência, o máximo de integração a partir do isolamento. Essa atualidade da descrição final implica, claro, que o livro esteja sempre revisto, para bem servir à sua pretensão de ser um manual muito completo para todos aqueles que

---

<sup>5</sup> Referimo-nos ao livro “Sistema penitenciario y nuevas tecnologías”, Valladolid: Ed. Lex Artis, 2014.

querem estudar a disciplina, esta que o livro bem comprova dever integrar o eixo básico do curso de Direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: A UNIVERSALIDADE DA OBRA**

A obra é de uma completitude inegável, portanto atinge seu propósito, como dito. Não se trata de uma visão geral apenas do ordenamento, o que restringiria o texto ao âmbito europeu, especialmente espanhol. Ao revés, a retomada do sistema carcerário e de seus principais modelos universaliza a obra. Talvez o autor, como acontece com os bons frutos, não tivesse essa pretensão de universalidade geográfica, porque observou cientificamente seu entorno, em uma convergência do geral para o específico, do antigo para o atual. Perfeito, nesse método.

Entretanto, essa generalidade da problemática abordada implica esse caráter universal, motivo por que o leitor de iberoamérica sente falta de alguns indícios de sua realidade. Bastaria acrescentar alguns dados a mais sobre os sistemas ibero-americanos do cárcere – ou, para deixar de lado o eufemismo, seus principais problemas – e então teríamos um livro ainda mais amplo em seus propósitos, ainda que seguisse convergindo para a análise da legislação espanhola. Os países latino-americanos têm muito que aportar, conquanto em valores negativos, com estatísticas de aprisionamento, superlotação, letalidade policial e, principalmente, controle do cárcere pelo crime organizado, que certamente reflete na realidade dos presídios espanhóis, que acolhem – como bem frisa o autor – tantos estrangeiros. E, talvez, em um momento, nas diversas edições que a obra promete, esta chegue a abordar o difícil problema dos acordos do crime organizado com o Estado, nos países ibero-americanos, que tem a condição do presídio como sua principal cláusula. Acordos não revelados publicamente e marginais à lei que, na opinião deste humilde leitor, demonstram a fraqueza do Estado diante da organização que nasce da precariedade penitenciária.

Por tudo isso, é mais do que recomendável a leitura do livro aqui resenhado, do Prof. Mata, um manual inédito sobre a ciência das prisões,

o apêndice mais dramático da realidade penal e, portanto, obrigatório à formação do jurista desde seus bancos de graduação.

## **REFERÊNCIAS**

MATA Y MARTIN, Ricardo. Delitos y Penas en el Nuevo Mundo. **Revista de Estudios Colombinos**. Valladolid, n.6, pp. 65-81, jun, 2010.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos del Sistema Penitenciário**. Madrid: Tecnos, 2016.

\_\_\_\_\_. **Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías**. Valladolid: Lex Artis, 2014.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **O Ensaio como Tese**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.





## **Diagramação**

Murilo Celli  
UNESP Franca/STAEPE